

第　○　章

日本が締結した経済関係協定における安全保障例外条項について

京都大学大学院教授
酒　井　啓　亘

I はじめに

関税及び貿易に関する一般協定(GATT)には第21条にいわゆる安全保障例外条項が定められており、この条項に関する紛争について世界貿易機関(WTO)の紛争処理を担う小委員会(以下、「パネル」という。)が審査権限を有するかということが長らく議論の対象となってきた。そして、2019年に公表されたロシアー通過運送措置事件パネル報告は、これを肯定し一定の審査基準を明らかにすることでその議論に一応の終止符を打ったことはよく知られている¹。このパネル判断は、その判断の論理構造などは他のWTO協定の安全保障例外条項の解釈・適用において踏襲されたが²、その後のWTO協定以外の条約に定められた安全保障例外条項の解釈にも影響を与える可能性がないわけではない。それは、後述のとおり、投資協定や経済連携協定(EPA)・自由貿易協定(FTA)などに含まれている安全保障例外条項は、GATT第21条を参照し、これに類似した規定となっているものが多数存在するからである。

日本は経済連携による貿易の自由化とルール作りの努力を経済分野の外交目標の中心に掲げ、近年では積極的に二国間投資協定(BIT)やEPA、メガFTA(以下、これらをまとめて「経済関係協定」と言う。)を締結してきた³。そして、こうした協定もまた、後に確認するように、GATT第21条に類似した安全保障例外条項を定めていることが多い。その役割は、他の例外規定と同様に、協定の目的が他の公共政策目的を犠牲にして外資を保護するだけではないということを潜在的な紛争の当事者やその仲裁人に確認しておくことにある⁴。こうした条項の効果により一定の条件を満たすことで当該協定の締約国は協定上の義務を免れることができることから⁵、安全保障例外条項の解釈・

¹ *Russia – Measures concerning Traffic in Transit*, Report of Panel, WT/DS512/R, 5 April 2019. GATT第21条を含むWTO協定の安全保障例外条項の審査可能性の問題については、拙稿「GATT/WTO体制における『安全保障例外』の審査可能性とその意義」JELI R-No.148『エネルギー資源確保に関する国内外の法的問題の諸相—2015～2016年度エネルギー資源確保に関する国際問題検討班報告書—』(日本エネルギー法研究所, 2021年) 81-134頁。

² 2020年には、知的所有権の貿易関連の側面に関する協定(TRIPS協定)の安全保障例外条項である第73条の解釈・適用に関するパネルの判断が公表され、前年のロシアー通過運送措置事件パネル報告が参照されている。*Saudi Arabia – Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights*, Report of the Panel, WT/DS567/R, 16 June 2020.

³ 日本が締結した近年の経済関係協定の概要については、外務省『令和3年版(第64号)外交青書2021』(外務省, 2021年) 148-154頁参照。

⁴ J.Kurtz, *The WTO and International Investment Law, Converging Systems* (Cambridge U.P., 2016), pp.169-175.

⁵ その場合、安全保障例外が、実体的義務の範囲を限定して例外事由としての国家の行為を許容(permission)するものとして機能するのか、実体的義務には違反するが、その違法性を阻却する積極的抗弁(affirmative defence)として機能するのかについては見解が分かれる。この問題については、see, C.Henkels, “Scope Limitation or Affirmative Defence? The Purpose and Role of Investment Treaty Exception Clauses”, in L.Bartels & F.Paddeu (eds.), *Exceptions in International Law* (O.U.P., 2020), pp.363-374; idem, “Permission to Act: The Legal Charter of General and Security Exceptions in International Trade and Investment Law”, *I.C.L.Q.*, Vol.69 (2020), pp.557-584; idem, “Should Investment Treaties Contain Public Policy Exceptions?” *Boston College Law Review*, Vol.59

適用が、自らが援用する場合にせよ、相手国に援用される場合にせよ、締約国にとってきわめて重要となる具体的な局面となり得よう⁶。同条項の解釈・適用に関する紛争を第三者機関が扱う可能性がWTOのパネル判断により肯定された以上、この問題をさらに法的な議論として整理しておくことは、理論的にも実践的にも有用と思われる。

そうした観点からすると、各種経済関係協定における安全保障例外条項の効果については、GATT第21条やTRIPS協定第73条の安全保障例外条項に関する最近のWTOのパネルの判断を手掛かりとして議論を進めることが適切であろう。というのも、こうした判断が、上述のように、間接的にせよ、他の経済関係協定における安全保障例外条項の解釈・適用に影響を与えることが考えられるからである。本稿は、日本が締結した経済関係協定の安全保障例外がいかなる特徴を有し、どのような機能を有するのかを検討する。そこで、まず、日本が締結した経済関係協定をBIT、EPA、メガFTAに区分して、それぞれの安全保障例外条項を概観する⁷。その際には安全保障例外事由の内容のほか、例外の規定形式に特に焦点を当てることとする。この条項がどのような場合に、そしてどのようなかたちで締約国に適用されるかを確認することが重要と考えられるからである。その後、日本が締結した経済関係協定に特有の安全保障例外をめぐる法的論点を摘出し、その分析を行うことにする。

II 日本が締結した二国間投資協定(BIT)と安全保障例外

1. 日本とBIT

(1) 日本によるBIT締結の背景と現状

日本外交の重要分野の一つが貿易や投資を含む経済の分野である。その取組みの一環として、相手国における投資環境の整備の促進を求めるとともに、日本市場に海外投資を呼び込むことを目的に、近年、日本は二国間で投資協定を積極的に締結してきた。その結果、2022年7月までにBITは3本の締結数を数えている（便宜上、日本・中国・韓国との間の投資協定、日本・香港BIT及び台湾との間の民間取決めを含む。また、日本・モンゴルBITは失効している）。さらに、2022年7月現在、BIT締結に向けた交渉が

(2018), pp.2825-2844;.

⁶ 協定に安全保障例外条項を定めることで、それがなければ協定上の義務を引き受けないと思われる諸国もその協定に参加しやすくなるのであり(K.J.Vandeveld, “Rebalancing through Exceptions”, *Lewis & Clark Law Review*, Vol.17 (2013), p.455.), そうであればこそ、そうした安全保障例外が援用される状況こそが援用国や被援用国にとってその協定における自らの存在意義が試されるからである。

⁷ 以下で引用する日本が締結したBIT及びEPA・FTAは、いずれも外務省のHPから入手可能である。外務省Webサイト「投資」(2022年7月21日), <<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/investment/index.html>>, 外務省Webサイト「我が国の経済連携協定(EPA/FTA)等の取組」(2022年6月16日), <<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/fta/index.html>>。

15の国との間で行われている⁸。

日本が初めてのBITをエジプトとの間で締結したのは1977年のことである⁹。そして、その後20世紀末までの約20年間で締結したBITの総数は8本にすぎない。21世紀に入ってからのおよそ20年間で30本のBIT締結したことと比べると、2000年までの日本政府のBIT締結への対応は概して消極的であったということになろう。そうした姿勢をとっていた背景には様々な要因がありうるが、当初から、当時としては高水準と考えられた投資後の内国民待遇を投資家の待遇について要求したことのほか、当時、経済開発協力機構(OECD)を舞台に多数国間で交渉が行われていた多国間投資協定(以下、「MAI」という。)構想に期待するところが大きく締結が困難な投資自由化を重視したためともいわれている¹⁰。

しかし、このMAI構想が失敗に終わったことで、日本は政策転換を余儀なくされる。BITやEPA・FTAを積極的に締結する方向へと転換し、2002年に「日本のFTA戦略」が公表され¹¹、同年にはシンガポールとのEPAが締結されたほか、主としてアジア諸国とのBIT及びEPAの締結が進められた。実際にも、日本は2009年までにすべての東南アジア諸国連合(ASEAN)加盟国とBITを含む国際投資協定を締結するに至ったのである。

(2) 日本が締結したBITの特徴

日本が締約国となっているBITのうち、初期のものは投資の保護を中心とした内容となっていたのに対し、特にBITやEPAなど投資関連協定を積極的に締結する方向に方針を転換した2002年度以降のBITでは、投資が行われた後の投資家や投資財産保護のみならず、投資許可段階における内国民待遇など投資受入れ促進のための環境整備などもまた重要な目的となっている。

こうしたBITの全体を通しての顕著な特徴の一つは、投資保護や投資の自由化をめぐり、相手方締約国との関係で、関連する規定内容がそれぞれに対応するような柔軟性を有しているということである。例えば投資の自由化に関しては、これを法的な義務とするBITだけでなく、努力規定とするBIT¹²、さらには法的拘束力を有するコミットメ

⁸ BIT締結に向けた交渉が行われている相手国は、パラグアイ、アゼルバイジャン、キルギス、タジキスタン、トルクメニスタン、カタール、バーレーン、アルジェリア、アンゴラ、エチオピア、ガーナ、ザンビア、セネガル、タンザニア、ナイジェリアである。外務省Webサイト「投資」(2022年7月21日)、<<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/investment/index.html>>。

⁹ 日本・エジプトBITの内容については、横川新「二国間投資保護協定—日本・エジプト投資保護協定を中心として—」成城法学5巻(1979年)11-23頁参照。

¹⁰ 小寺彰「国際投資法の発展—現状と課題」日本国際経済法学会編『国際経済法講座I 通商・投資・競争』(法律文化社、2012年)284-285頁。

¹¹ 外務省Webサイト「日本のFTA戦略」(2002年10月)、<<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/fta/senryaku.html>>。

¹² 例えば日本・ウクライナBIT第5条第2項は次のように定める。

「2 一方の締約国は、自国の区域内において、投資財産の設立、取得及び拡張に関し、他方の

ントを含まないBITもある¹³。また、投資家とBIT締約国との間の契約上の義務をBIT上の義務にするいわゆるアンブレラ条項はほとんどのBITに挿入されてはいるものの、中には同条項を含まないものもある。

さらに、投資家と投資受入れ国との間の紛争を解決する手続規定もBITによって違いがある。投資仲裁が扱う紛争の範囲について、例えば日本・イラクBIT第17条第5項(a)では、アンブレラ条項の違反から生じる紛争は投資協定仲裁への締約国の同意から除外され、日本・コロンビアBITでも第28条第1項で同様の規定があるほか、同BIT第29条第1項及び第2項では他の一定の紛争について仲裁への同意の制限がかかっている。そのほか、投資の定義、投資家の待遇の基準など、BITにより異なる規定が含まれていることが確認できる¹⁴。

ここではいわゆる一般的例外条項もその例外ではない¹⁵。日本・コロンビア、日本・モザンビーク、日本・ウルグアイ、日本・ミャンマー、日本・クウェート、日本・イラン各BITのように、日本が締結した最近のBITでの一般的例外条項はGATT第20条とサービスの貿易に関する一般協定(GATS)第14条を組み合わせたものに倣って規定されており、ほとんどの投資関係の義務に適用可能なようにしている。しかし、中には、日本・イラク、日本・サウジアラビア、日本・カザフスタン各BITのように、一般的例外条項を含んでいないBITもあり、ここでも締約国に応じて柔軟な対応が行われている。それでは、安全保障例外条項はどのように規定されているのであろうか。

締約国の投資家及びその投資財産に対し、同様の状況において第三国の投資家及びその投資財産に与える待遇よりも不利でない待遇を与えるよう努める。この目的のため当該一方の締約国は、当該他方の締約国の要請があった場合には、誠実に協議を行う。」

¹³ 日本・パプアニューギニア、日本・イラク、日本・カザフスタン、日本・サウジアラビア、日本・オマーン、日本・イラン、日本・ケニア各BITが該当する。

¹⁴ T.Ishikawa, “A Japanese Perspective on International Investment Agreements: Recent Developments”, in J.Chaisse & L.Nottage (eds.), *International Investment Treaties and Arbitration Across Asia* (Brill, 2018), pp.518-523.

¹⁵ 「一般的例外」条項の名称はGATT第20条の表題に由来する形式的なものだが、ここでの「一般的例外」条項とは同条に定められた例外事由に相当する例外を規定した条項の趣旨で、あくまでも例外事由の内実に着目している。例えば2021年のカナダモデルBIT第22条の表題は「一般的例外(General Exceptions)」となっているが、その内容は同条第1項から第3項、第5項及び第6項が実質的な一般的例外であるのに対し、第4項は安全保障例外事由を列挙した内容となっており、「一般的例外」条項の中に、一般的例外と安全保障例外がともに規定されている。

Investment Policy Hub, “2021 Model FIPAr”,

<<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6341/download>>。

その実際の例として、カナダ・香港BIT(2016)第17条参照(Investment Policy Hub “Foreign Investment Promotion and Protection Agreement between Canada and Hong Kong”, <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3626/canada---hong-kong-china-sar-bit-2016->>)。

2. 安全保障例外条項の採用経緯と類型

(1) 日本が締結したBITへの安全保障例外条項の導入

日本が1977年にエジプトとの間で初めてBITを締結して以降、当該協定も含めて、長らくBITに安全保障例外が置かれることはなかった。日本・スリランカ(1982)、日中(1988)、日本・トルコ(1992)、日本・香港(1997)、日本・パキスタン(1998)、日本・パキスタン(1998)の各BITでは安全保障例外に関する明示の規定は存在しない。国家の安全保障にかかわる措置の実施を認める規定が実際にBITでも見られるようになったのは、1998年に締結されたロシアとの間のBITであると思われる。しかし、その規定は協定本体ではなく、協定と同時に署名された議定書の第5項(1)に定められており、しかもその文言は、現在の安全保障例外条項で通常用いられるのとは異なる次のようなものであった。

「協定第三条2の規定にかかわらず、各締約国は、外国投資家の活動を排除し又は制限する経済分野及び地域を、国の安全のために真に必要な場合において (in case it is really necessary for the reason of national security) 関係法令に従って決定する権利を留保する。」

その内容は、必ずしも具体的な安全保障上の措置を定めているわけではなく、むしろ措置がとられる分野と地域が決定されるというものであり、ここで検討する安全保障例外とはやや性格の異なる条項であることがわかる。

日本・ロシアBIT締結後も日本・モンゴルBIT(2001)には安全保障例外が挿入されず、結局、日本が締結したBITにおいて、GATT第21条に規定するような安全保障例外の文言が初めて取り入れられたのは、2002年3月22日署名の日本・韓国BIT第16条第1項(a)及び(b)である¹⁶。

「1 この協定(第十一条を除く。2及び3において同じ。)の他のいかなる規定にもかかわらず、各締約国は、次の措置をとることができる。

(a) 自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次の措置

(i) 戦時、武力紛争その他の自国又は国際関係の緊急時にとる措置

(ii) 兵器の不拡散に係る国内政策又は国際協定の実施に関連してとる措置

(b) 国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基づく義務に従ってとる措置

¹⁶ 韓国にとっては、最近でこそ傾向が変わってきているといわれるが、もともとBITに安全保障例外条項を導入することは珍しく、1972年以降のBITで安全保障例外条項が含まれたものは九つしかないという。J.Lee, “A Blind Side of Security Exceptions?: New Legal Complexities of the ‘Refusal to Furnish Information’ Clause”, *Journal of Korean Law*, Vol.20 (2021), pp.184-185.

- (c) 人、動物又は植物の生命又は健康の保護のために必要な措置
- (d) 公の秩序の維持のために必要な措置。ただし、社会のいずれかの基本的な利益に対し真正かつ重大な脅威がもたらされる場合に限る。」

このように、日本・韓国BITで初めて「自国の安全保障上の重大な利益 (its essential security interests)」を保護するために必要と認める措置と国連憲章に基づく措置とが安全保障上の例外と規定された¹⁷。厳密に言えば、後述するように、日本・韓国BITが締結される2か月前の2002年1月13日署名の日本・シンガポール経済連携協定(EPA)第4条においてより詳しい安全保障例外が規定されており、これが二国間の経済関係協定では安全保障例外条項の初めての例となろう。なお、日本・韓国BITの場合、第16条第1項において(c)号以下でGATT第20条に規定されているような一般的な例外事項もまた規定されていた。後述するように、安全保障例外の事項が一般的例外と同じ項の中で並列して規定されているBITはその後にも締結されるが¹⁸、一般的例外と並行して同じ項に規定されたこうした安全保障例外を有するBITは日本・モザンビークBIT(2013)がこれまでのところ最後となっている。

日本・韓国BIT後も、安全保障例外を含まないBITもいくつか締結されている。日本・パプアニューギニア(2011)、日本・イラク(2012)、日本・サウジアラビア(2013)各BITがそれに該当する。

もっとも、日本・サウジアラビアBIT締結後は、すべてのBITに安全保障例外の条項が規定されてきた。そして、日本・韓国BITのように一般的例外と並行して同じ項に安全保障例外を規定することなくなっている。その形式としては、一般的例外と同じ条ではあるものの、異なる項に規定される場合と、一般的例外とは異なる条に規定される場合とがあり、現在ではそのいずれも用いられている。次にこの点を概観する。

(2) 日本が締結したBITにおける安全保障例外の規定形式

① 安全保障例外の事由と一般的例外の事由を同じ条項の中で並列しているBIT－(A)型

前述のように、日本が締結したBITで安全保障例外が取り入れられた最初のものは日

¹⁷ 日本・韓国BITの安全保障例外条項の特徴として、例外事由を列挙しない他の(モデル)BITと比較したうえで、自国の「安全保障上の重大な利益」が戦争に関係する事項に限定される点が挙げられることがある。C.H.Gibson, “Beyond Self-Judgment: Exceptions Clauses in US Bits”, *Fordham International Law Journal*, Vol.38 (2015), p.50.

¹⁸ ただし、「自己判断」的文言が関係するのは安全保障例外を列挙した第1項(a)の(i)及び(ii)のみであり、同じく安全保障に関係して国連憲章に言及のある第1項(b)や一般的例外に関する同項(c)及び(d)にはその効果は及ばない。M.D.Nolan & F.G.Sourgens, “The Limits of Discretion? Self-Judging Emergency Clauses in International Investment Agreements”, in Karl P. Sauvant (eds.) *Yearbook of International Investment Law & Policy 2010-2011*, (O.U.P.,2012), p.374.

本・韓国BIT(2002)で、その特徴は、同じ条項の中で一般的例外事由と安全保障例外事由が並存しているというものであった。こうした安全保障例外の規定形式は、日本・ベトナム(2003)、日本・ラオス(2008)、日本・ウズベキスタン(2008)、日本・ペルー(2008)、日本・クウェート(2012)各BITなど比較的初期のBITに導入されたが、これまでのところ、日本・モザンビークBIT(2013)で最後となっている。

この形式で最も詳しいものは、日本・ウズベキスタンBIT第17条で、その内容は日本・ペルーBIT第19条、日本・クウェートBIT第17条とほぼ同じである¹⁹。日本・ウズベキスタン第17条は以下のとおりである。

「1 この協定のいかなる規定(第十二条の規定を除く。)も、一方の締約国が次の措置を採用し、または実施することを妨げるものと解してはならない。ただし、それらの措置を、他方の締約国に対する恣意的若しくは不当な差別の手段又は自国の区域内にある他方の締約国の投資家の投資財産に対する偽装した制限となるような態様で適用しないことを条件とする。

(a) 人、動物又は植物の生命又は健康の保護のために必要な措置

(b) 公衆の道徳の保護又は公の秩序の維持のために必要な措置

注釈 公の秩序を理由とする例外は、社会のいずれかの基本的な利益に対し真正かつ重大な脅威がもたらされる場合に限り、援用することができる。

(c) この協定の規定に反しない法令の遵守を確保するために必要な措置。この措置には、次の事項に関する措置を含む。

(i) 欺まんの若しくは詐欺的な行為の防止又は契約の不履行がもたらす結果の処理

(ii) 個人の情報を処理し、及び公表することに関連する私生活の保護又は個人の記録及び勘定の秘密の保護

(iii) 安全

(d) 自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次の措置

(i) 戦時、武力紛争その他の自国又は国際関係における緊急時にとる措置

(ii) 兵器の不拡散に係る国内政策又は国際協定の実施に関連してとる措置

(e) 国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基づく義務に従ってとる措置

¹⁹ 台湾関連で、2011年11月22日に財団法人交流協会と亜東関係協会との間で合意された「投資の自由化、促進及び保護に関する相互協力のための財団法人交流協会と亜東関係協会との間の取決め」第18条第1項も同様の規定内容となっている。公益財団法人日本台湾交流協会Webサイト「【記事資料】投資の自由化、促進及び保護に関する相互協力のための財団法人交流協会と亜東関係協会との間の取決め」(2011年11月22日)、
<<https://www.koryu.or.jp/news/?itemid=563&dispmd=5287>>。

(f) 美術的、歴史的又は考古学的価値のある国家的財産の保護のためにとる措置

2 (略)」

この条項において安全保障例外に該当するのは(d)号及び(e)号で、その他の号が一般的例外にあたる事由となる。この条項の柱書は、GATT第20条柱書やGATS第14条柱書とほぼ同じである。また、(a)号はGATS第14条(b)号、(b)号はGATS第14条(a)号、(c)号はGATS第14条(c)号にそれぞれ対応し、(f)号はGATTの一般的例外を規定した第20条(f)号に対応している。このように、一般的例外に該当する事項についてはGATTやGATSの一般的例外の規定内容を参考にして選択して規定されていることがわかる。これに対して安全保障例外については、(d)号(i)がGATT第21条(b)号(iii)、(e)号がGATT第21条(c)号に対応するが、(d)号(ii)はGATT第21条やGATS第14条の2、さらにはTRIPS第73条に該当する規定は見当たらない。

この形式の最大の特徴は、柱書のただし書に定められている制約が安全保障例外に該当する措置についても妥当するという点である。この柱書にある制約は、GATTやGATSでは一般的例外の措置に適用されるものとほぼ同じ内容の制約であるが²⁰、安全保障例外の事由も同じ項に並列的に規定されていることから、安全保障例外にも同様に適用されることになる。したがって、そうした制約を規定していない安全保障例外を定めたGATT第21条、GATS第14条の2、TRIPS第73条とは異なる様相を呈しているのである。

もともと初期の(A)型BIT(日本・韓国、日本・ベトナム、日本・ラオス各BIT)では該当する条項の柱書にはそうした制約は含まれておらず、その代わりに別の項において、「各締約国は、この協定上の義務に適合しない措置を1の規定〔注：第1項〕によりとる場合であっても、当該義務を回避する手段として当該措置を用いることとはならない。」というような締約国による一般的例外及び安全保障例外の濫用を抑制する条項が置かれていた²¹。それは、協定締約国によるこれら例外の援用に対して投資協定仲裁が判断を行う管轄権を有することも意味する。

ところが、先述のように、2008年の日本・ウズベキスタンBIT以降は、別項による例外濫用防止規定に代わって、柱書に制約を定めるようになった。それは、一般的例外に

²⁰ 一般的例外を定めているGATT第20条及びGATS第14条において、各柱書のただし書は、措置の適用の態様を問題として、①恣意的もしくは②不当な差別の手段となるような態様で又は③貿易に対する偽装した制限となるような態様で措置を適用しないよう求めている。これは、例えば日本・モザンビークBIT(2013)の第18条柱書のただし書の、①恣意的もしくは②不当な差別の手段となるような態様で又は③自国の区域内にある当該他方の締約国の投資家の投資財産に対する偽装した制限となるような態様にそれぞれ対応するかたちとなっている。

²¹ 日本・韓国BIT第16条第2項、日本・ベトナムBIT第15条第2項、日本・ラオス第18条第2項を参照。

についても安全保障例外についても、締約国による例外条項援用について投資協定仲裁が判断を下す管轄権を排除することを意図していたわけではないことも表しているのである。

② 安全保障例外と一般的例外を同じ条に含むが、それぞれ別の項に規定するBIT－(B)型

安全保障例外が一般的例外と混在して規定された形式は日本・モザンビークBITを最後に使用されなくなったが、新たに登場したのは安全保障例外と一般的例外を同じ条項におきつつ、両者を別の項に規定するという形式であった。その最初の例が、2011年9月12日署名の日本・コロンビアBITであり、日本・ミャンマー(2013)、日本・ウルグアイ(2015)、日本・イラン(2016)、日本・イスラエル(2017)、日本・アルメニア(2018)各BITがそれに続く。この種の例としては比較的新しい日本・ヨルダンBIT第15条は、一般的例外及び安全保障例外について次のように規定する。

「1 この協定のいかなる規定も、一方の締約国が次の措置を採用し、又は実施することを妨げるものと解してはならない。ただし、これらの措置を、自国の区域における他方の締約国の投資家及びその投資財産に対する恣意的若しくは不当な差別の手段又は偽装した制限となることとなる態様で適用しないことを条件とする。

(a) 人、動物又は植物の生命又は健康の保護のために必要な措置

(b) 公衆の道徳の保護又は公の秩序の維持のために必要な措置。もっとも、公の秩序を理由とする例外は、社会の基本的な利益のうちのいずれかに対し真正かつ重大な脅威がもたらされる場合に限り、援用することができる。

(c) この協定に反しない法令の遵守を確保するために必要な措置。この措置には、次の事項に関する措置を含む。

(i) 欺まんの若しくは詐欺的な行為の防止又は契約の不履行がもたらす結果の処理

(ii) 個人の情報を処理し、及び公表することに関連するプライバシーの保護又は個人の記録及び勘定の秘密の保護

(iii) 安全

(d) 美術的、歴史的又は考古学的価値のある国家的財産の保護のためにとる措置

2 第十二条4の規定に従うことを条件として、この協定のいかなる協定も、締約国が次の措置を採用し、又は実施することを妨げるものと解してはならない。

(a) 自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次の措置

(i) 戦時、武力紛争の時その他の自国又は国際関係における緊急時にとる措置

(ii) 兵器の不拡散に係る国内政策又は国際協定の実施に関連してとる措置

(b) 国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基づく義務に従ってとる措置」

日本・ヨルダンBIT第15条は、形式上、第1項に一般的例外規定を置き、第2項に安全保障例外に関する規定を定めている。このため、安全保障例外と一般的例外がともに同じ項に配置され、その柱書でともに同様の制約がかかる(A)型BITのような形式は慎重に回避されているといつてよい。

このように、第15条第1項柱書にある濫用防止に係る制約は一般的例外にのみ適用され、安全保障例外は、争乱からの保護について規定する同BIT第12条に由来する条件に従うのみである。それは、武力紛争や国内争乱などにより損害や損失を受けた投資財産に対して原状回復や補償を行う措置につき、安全保障例外を理由としてその義務を免除されないと定める規定であるが、安全保障例外の適用とそれに基づく措置自体により影響を受けるものではなく、また同条の適用により第15条第2項に基づく安全保障例外の適用が制約されるわけではない²²。

この点につき初期のBITでは、「この協定のいかなる規定（第十二条の規定を除く。）も、次のいずれかのことを定めるものと解してはならない。」（日本・コロンビアBIT第15条第2項）という文言からもわかるように、安全保障例外の適用を排除することを意図した規定も用いられていた²³。しかし、最近のBITの安全保障例外条項では、日本・ヨルダンBIT第15条のようなかたちで定められることが増えており²⁴、締約国の国内情勢などに配慮して適合させることはあるものの²⁵、安全保障例外の規定自体はほぼ定式

²² 日本・ヨルダンBIT第12条のような「拡大戦争条項(extended war clause)」と安全保障例外条項との関係一般については、see, Ch.Schreuer, “The Protection of Investments in Armed Conflicts”, in F.Baestens (eds.), *Investment Law within International Law. Integrationist Perspectives* (Cambridge U.P., 2013), pp.16-18.

²³ 日本・コロンビアBIT第15条第2項、日本・ミャンマーBIT第19条第2項、日本・ウルグアイBIT第22条第2項、日本・モロッコBIT第21条第2項参照。See also, S.Mantilla Blanco & A.Pehl, *National Security Exceptions in International Trade and Investment Agreements. Justiciability and Standards of Review* (Springer, 2020), p.65.

²⁴ 日本・アルメニアBIT第16条第2項、日本・コートジボワールBIT第15条第2項、日本・ジョージアBIT第15条第2項参照。なお、日本・イランBIT第13条第2項には拡大戦争条項への言及自体がない。

²⁵ 例えば日本・コロンビアBIT第15条第2項は次のように規定する。

「2 この協定のいかなる規定（第十二条の規定を除く。）も、次のいずれかのことを定めるものと解してはならない。

(a) 締約国に対し、その開示が自国の安全保障上の重大な利益に反することとなる情報を提供し、又は当該情報へのアクセスを認めることを要求すること。
(b) 締約国が自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次のいずれかの措置をとることを妨げること。
(i) 銃の取引、弾薬及び軍需品並びに軍事基地又は治安部隊の基地に供給するため直接又は間接に行われるその他の貨物、原料、サービス及び技術の取引に関する措置
(ii) 戦時、武力紛争の時その他の自国内又は国際関係における緊急時にとる措置
(iii) 兵器の不拡散に係る国内政策又は国際協定の実施に関連してとる措置

化されているようである。最近のBITではこの形式が多数となっており、これが主流となるのかについては今後の実行次第であろう。

なお、この(B)型の安全保障例外条項には、(A)型の初期BITの条項と異なり、別の項で締約国による安全保障例外の濫用を抑止するような規定は置かれていない。したがって、安全保障例外条項の柱書の規定ぶりと合わせると、文言上は、安全保障例外条項の適用について投資協定仲裁による審査が及ぶのかどうかという問題がきわめて不明確なまま残されているものといえよう。

③ 安全保障例外を独自の規定として有するBIT－(C)型

日本が締結したBITの中で(B)型BITに次いで多い種類がこのカテゴリーである。二国間でこうした条項を初めて採用したのは日本・カザフスタンBIT(2014)だが、それ以前には日中韓投資協定(2012)の中にみられる形式である。この種の条項の典型例が、以下に掲げる日本・アルゼンチンBIT(2018)第16条である。

「第十二条の規定に従うことを条件として、この協定のいかなる協定も、締約国が次の措置を採用し、又は実施することを妨げるものと解してはならない。

(a) 自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次の措置

(i) 戦時、武力紛争の時その他の自国又は国際関係における緊急時にとる措置

(ii) 兵器の不拡散に係る国内政策又は国際協定の実施に関連してとる措置

(b) 国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基づく義務に従ってとる措置」

26

(c) 締約国が国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基づく義務に従って措置をとることを妨げること。」

第2項(a)号はGATT第21条(a)号やGATS第14条の2(a)号に類似する規定である一方、第2項(b)号(i)はコロンビアの国内情勢を反映して入れられた可能性がある。また、日本・イスラエルBIT第15条第2項(a)(i)は、単に「武力紛争時」とするのではなく、「国際的な又は非国際的な武力紛争の時」としており、非国際的武力紛争も適用対象とすることをわざわざ明示している。J.Zrilić, *The Protection of Foreign Investment in Times of Armed Conflict* (O.U.P., 2019), pp.138-139.

²⁶ この条の柱書で言及されている日本・アルゼンチンBIT第12条は、武力紛争・内乱・国家緊急事態又はこれらに類する事件の際の他方締約国の投資家・投資財産の待遇を規定したもので、自国が採用・維持する措置が差別的でないことを定める。

「1 一方の締約国は、第七条8(b)の規定にかかわらず、他方の締約国の投資家及びその投資財産に対し、武力紛争、内乱、国家緊急事態又はこれらに類する事件により自国の区域にある投資財産が被った損失に関して自国が採用し、又は維持する措置について、差別的でない待遇を与える。

2 1の規定は、第七条8(b)の規定がないとしたならば第二条の規定に反することとなる補助金又は贈与に関する現行の措置については、適用しない。

3 1の規定に従って行われる支払については、実際に換価すること、自由に移転すること及び市場における為替相場により自由利用可能通貨に自由に交換することができるものとする。

4 いずれの締約国も、第十六条の規定に従ってとる措置を理由として、1の規定に基づく義

日本・アラブ首長国連邦(UAE)BIT第18条(2018)では、柱書にただし書が付けられているが²⁷、その他はほぼ同じ文言が採用されている。またこれとほぼ同じ規定でさらに、BIT上の義務を回避するために安全保障例外に基づく措置をとることを禁止する条項を追加しているものとして、日本・カザフスタン(2014)、日本・ウクライナ(2015)、日本・オマーン(2015)、日本・ケニア(2016)各BITがある²⁸。例えば日本・ケニアBIT第16条は、

「1 この協定の他の協定（第十一条の規定を除く。）にかかわらず、各締約国は、次の措置をとることができる。

(a) 自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次の措置

(i) 戦時、武力紛争の時その他の自国又は国際関係における緊急時にとる措置

(ii) 兵器の不拡散に係る国内政策又は国際協定の実施に関連してとる措置

(b) 国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基づく義務に従ってとる措置

2 各締約国は、1の規定に基づいてこの協定（第十一条の規定を除く。）に基づく義務に適合しない措置をとる場合であっても、当該義務を回避するための手段として当該措置を用いてはならない。」

と規定する。なお、第2項は協定上の義務を回避するために安全保障例外を用いてはならない趣旨を定めているのであり、同条の本質を変更する性質の内容とはなっていない。

この形式のBITにおける安全保障例外について興味深いことは、その締約国による濫用の抑止規定の変遷である。(C)型BITのうち初期のものには、(A)型初期BITと同様に、協定上の義務を回避するための手段として安全保障例外事由の措置を用いてはならないという規定が別の項で定められていた²⁹。これに対し、2018年の日本・UAE BITではそうした別項規定がなくなり、前述のように、安全保障例外条項の柱書のただし書に

務を免除されない。」

²⁷ 日本・UAE BIT第18条柱書は、「この協定のいかなる協定（第十三条の規定を除く。）も、締約国が次の措置を採用し、または実施することを妨げるものと解してはならない。ただし、これらの措置を、他方の締約国に対する示威的若しくは不当な差別の手段又は自国の区域における他方の締約国の投資家の投資財産に対する偽装した制限となることとなる態様で適用しないことを条件とする。」と規定する。

²⁸ 2012年5月13日署名の日本・中国・韓国投資協定第18条も同様の形式をとっている。

²⁹ 日本・中国・韓国投資協定(2012)第18条第2項、日本・カザフスタンBIT(2014)第18条第2項、日本・オマーンBIT(2015)第16条第2項、日本・ウクライナBIT(2015)第19条第2項、日本・ケニアBIT(2016)第16条第2項を各参照。

詳しい制約要件が加えられた。さらに、その後の2018年日本・アルゼンチンBITではその趣旨のただし書も置かれていない。すなわち、(C)型BITにおいては、安全保障例外の援用を抑止する明示規定が別項や柱書のただし書に置かれて投資協定仲裁による審査が可能とされていたが、最新の日本・アルゼンチンBITに至ってそうした規定が姿を消し、投資協定仲裁の審査可能性が不確かになっているのである³⁰。

④ GATT第21条（及びGATS第14条の2）の規定を組み込んだBIT－(D)型

日本が締結したBITではきわめて珍しい例ではあるが、安全保障例外を規定したGATT第21条を、「必要な変更を加えて(*mutatis mutandis*)」適用する旨規定したBITもある³¹。これまでのその唯一の例が2007年6月14日署名の日本・カンボジアBITで、第18条第1項は次のように定める。

「1 この協定（第十三条を除く。）の適用上、千九百九十四年の関税及び貿易に関する一般協定（千九百九十四年のガット）第二十条及び第二十一条並びに世界貿易機関設立協定附属書一Bサービスの貿易に関する一般協定（サービス貿易一般協定）第十四条及び第十四条の二の規定は、必要な変更を加えた上で、この協定に組み込まれ、この協定の一部を成す。」

カンボジアは、このBIT署名前の2004年10月13日にWTOに加盟していることから、GATT関連規定をBITに組み込むことについて法的な障害はなかった。もちろん、WTO非加盟国である協定当事国が個別にGATTなどの関連規定の適用に同意をしているのであれば問題はないとはいえる。

こうした規定が挿入された理由は定かではない。ただ、日本・カンボジアBITが締結された時期を前後して、日本は東南アジア諸国連合(ASEAN)加盟国との間でいくつか経済連携協定(EPA)を締結しており、そのうち日本・マレーシア(2005)、日本・タイ

³⁰ なお、この(C)型の安全保障例外条項でも、(B)型の場合と同様に、拡大戦争条項との関係についての文言が挿入されている。これまではすべて、拡大戦争条項の規定を除くとする規定が含まれていたが（日本・中国・韓国投資協定第18条第1項、日本・カザフスタンBIT第18条第1項、日本・オマーンBIT第16条第1項、日本・ウクライナBIT第19条第1項、日本・ケニアBIT第16条第1項、日本・UAE BIT第18条第1項）、これまでに最新の日本・アルゼンチンBIT第16条第1項は、拡大戦争条項の「規定に従うことを条件として」という文言としている。

³¹ 濱本とノテッジは、2013年の論文において、日本・カンボジアBITを事実上もっとも日本モデルBITに近いものと位置付け、例外条項に関しては、BITのほかFTAの投資章を含め、日本・カンボジアBIT第18条のようなGATT及びGATSの例外条項を「必要な変更を加えた上で」適用されるとする形式が大多数を占めるとする。S.Hamamoto & Luke Nottage, “Japan”, in Ch.Brown (ed.), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (O.U.P., 2013), pp.352-353, 370. しかし、安全保障例外に限っていえば、この日本・カンボジアBITより後のBITには同様の規定は見られず、2013年以降に締結されたEPAやメガFTAにおいても、投資章に安全保障例外としてこうした規定が適用されるのは、日本・モンゴルEPA(2015)とRCEP協定(2020)にとどまる。

(2007), 日本・インドネシア (2007), 日本・ベトナム (2008) 各EPAではGATT第21条の準用規定を定めているほか, 日本・フィリピンEPA (2006) も一部そうした規定を擁していることが注目される。EPAの場合, 物品貿易や投資だけでなく, サービス貿易や知的財産など広範な分野を適用対象とするため, 各分野でWTO協定の関連文書中の安全保障例外 (GATT第21条, GATS第14条の2, TRIPS協定第73条) の規定が準用されることになりやすい。もっとも, 一般的例外のみを準用規定として, 安全保障例外については, GATT第21条と同様の規定を再録して例外事由を列挙する事例もあることから (日本・シンガポールEPA (2002), 日本・メキシコEPA (2004), 日本・チリEPA (2007), 日本・ブルネイEPA (2007), AJCEP協定 (2008), 日本・オーストラリアEPA (2014), 日本・EU EPA (2018)), EPAの規定の影響を受けたということが決定的な要因というわけではないようにも思われる。

(3) 日本が締結したBITにおける安全保障例外の特徴

以上の考察から見て, 日本が締結したBITに挿入された安全保障例外条項の特徴としては, 以下のような点が挙げられる。

第一に, 2000年までの初期のBITには安全保障例外条項は含まれておらず, 現在のよ
うな安全保障例外が取り入れられるのは2002年の日本・韓国BITが初めてであった。この時期になりようやく安全保障例外が導入されたのは, 日本がBIT締結に積極的に動くようになったこと自体が他の諸国と比較して遅かったことも一因であろうが³², 2001年の同時多発テロ事件を契機に, 日本だけでなく関係国もまた安全保障問題に注目するようになったことも関係があるのではないかと推測される。

第二に, 投資協定における安全保障例外条項は, 一般に, 例外事由を列挙して, 締約国が「安全保障上の重大な利益 (essential security interests)」を保護するために行動し
うる範囲が規定されるタイプ (いわゆる「GATT型」) と, 例外事由は列挙されず, 「重大な利益 (essential security)」や「国の安全 (national security)」を制約しない一般的な規定を定めるタイプ (いわゆる「米国型」) とに大別されるが³³, 日本が締結したBITに定められる安全保障例外条項は, GATT第21条やGATS第14条の2が形式的に編入される場合も含め, すべてGATT型であり, 米国型の規定形式とはされていないということが

³² 日本は, 当初, BITに「安全保障上の重大な利益」を保護するための規定を置くことが比較的少なく, 2007年の時点では19のBITのうち三つに安全保障例外条項があっただけなので, そうした安全保障例外条項を含めない諸国 (デンマーク, ギリシャなど8か国), 自国が締結したBITの半分以上に安全保障例外条項を置いている諸国 (ドイツ, インド, メキシコなど5か国), 常に安全保障例外条項を含める国 (米国) という三つのカテゴリーには含まれず, それ以外の第四のカテゴリーに分類されていた。OECD, *International Investment Perspectives: Freedom of Investment in a Changing World. 2007 Edition* (OECD, 2007), p.98.

³³ P.Muchlinski, “Trends in International Investment Agreements : Balancing Investor Rights and the Right to Regulate. The Issue of National Security”, in Karl P. Sauvant, *Yearbook of International Investment Law & Policy 2008-2009*, (O.U.P, 2009), p.59.

ある。その結果、この条項の解釈などにおいては、GATTやGATSなどWTO協定の関連規定に関するWTOのパネルや上級委員会の判断が参照されやすい効果が生じることになる。また、米国型の規定と比較して、例外が列挙されていることから、安全保障例外に該当するかどうか客観的に評価されやすいということもあろう。

第三に、他国と比較して遅れて導入された安全保障例外条項には、国連憲章上の義務に基づく措置の場合を除き³⁴、すべて「自己判断」的規定が定められていたということがある。安全保障例外条項を「自己判断」的規定で性格づける場合が多い国としては、そのほかに米国やカナダが挙げられ、またアジア諸国やラテンアメリカ諸国もそうした安全保障例外を定めることが増えているといわれている³⁵。ただ、「自己判断」的規定を含んだ安全保障例外が相対的に少ない投資協定において、日本が締結したBITについては導入した安全保障例外がすべて「自己判断」的文言を備えているということは、他の国の場合と比べてやはり特徴的なことといえよう。

第四に、BIT締約国による安全保障例外の濫用を防止するための制約を含む規定が、最近の協定では定められない傾向にあるという点である。一般的例外と安全保障例外の双方に制約を課す柱書の規定を有するような(A)型のBITは日本・モザンビークBIT(2013)を最後に締結されていない。WTO協定の安全保障例外を準用する(D)型BITはWTOのパネル判断の解釈に影響を受けて投資協定仲裁による審査の対象となる余地があるが、この種のBITもこれまでのところ日本・カンボジアBIT(2007)だけである。他方、現在主流となっている(B)型と(C)型の各BITは、いずれも(A)型にあるような措置の適用の態様についての制約を課していない。その柱書は、GATT第21条やGATS第14条の2、TRIPS協定第73条の柱書の規定内容とほぼ同じであることから、(D)型の場合と同様に、WTOの紛争解決機関の解釈次第で投資協定仲裁による審査の対象となる余地があるものの、少なくとも協定締結当時の起草者意思としては、投資協定仲裁の管轄権を排除することを意図していた可能性は否定できない。すなわち、日本が締結したBITにおける安全保障例外条項は、その文言からすると、「自己判断」的文言がすべての条項に挿入されていることに加えて、問題の措置の適用を態様の観点から制約する規定を定めない最近の傾向により、締約国によるその援用への投資協定仲裁の審査可

³⁴ 対照的に2012年米国モデルBIT第18条では、同協定のいかなる規定も、締約国が「国際の平和及び安全の維持若しくは回復に関して自国の義務を履行するために必要と認める措置を適用する」ことを妨げないとしており、「自己決定」的文言を用いている。さらに、国連憲章への言及を回避することで、国連の枠組みを超えた措置もここに含まれる可能性を示しているという。A.Titi, *The Right to Regulate in International Investment Law*, (Nomos, 2014), pp.92-93. 2012年米国モデルBIT第18条については、後掲注(71)参照。

³⁵ K.P.Sauvant & M.Ong, “The Rise of Self-judging Essential Interest Clauses in International Investment Agreements”, *Columbia FDI Perspectives. Perspectives on Topical Foreign Direct Investment Issues*, No.188 (2016), p.1.

能性が著しく不確実だと言わざるを得ないのである。

Ⅲ 日本が締結した経済連携協定（EPA）・自由貿易協定（FTA）と安全保障例外

1. 日本によるEPAの締結

日本がWTOの下での多角的自由貿易体制の強化を重視しつつも、これを補完する二国間地域的EPA・FTAの下での自由化の実現を求めることがはっきりとした形で現れたのは、2000年代に入ってからのことである³⁶。2002年1月にシンガポールとの間でEPAが締結された同じ年の10月に外務省が「日本のFTA戦略」と題する文書を公表し、EPA・FTAを締結する目的やそのメリット、締結に際しての留意点、交渉内容、締結の戦略的優先順位などを明らかにした³⁷。そして、2004年12月には経済連携促進関係閣僚会議が「今後の経済連携要諦の推進についての基本方針」で交渉相手国・地域の決定に関する基準を示し³⁸、基本的にはこれに沿った形式で、各国・地域との間でEPAが締結されてきたのである。

日本は2022年7月までにEPA（ASEANとの包括的経済連携（AJCEP）協定を含む）を18本締結してきた。先述の「日本のFTA戦略」や「今後の経済連携要諦の推進についての基本方針」に則って東アジア諸国及び東南アジア諸国との関係を重視したことを物語るかのように、2009年までにすべてのASEAN諸国との間でEPAやBITを締結してきた³⁹。そして、これまでの締結されたEPAは、スイスEPA（2009）を唯一の例外として、すべてアジア太平洋諸国との間でのものである。

さらに最近では、TPP（環太平洋パートナーシップ）協定（2016）（米国の離脱後はその内容を一部変更した新たな協定である「環太平洋パートナーシップに関する包括的及び先進的な協定」（2018）（CPTTP協定またはTPP11協定）が締結）や地域的な包括的経済連携（RCEP）協定（2020）、日本・EU EPA（2018）など、いわゆるメガFTAとも呼ば

³⁶ もっとも、1999年頃より当時の通商産業省ではFTAを貿易政策として採用する動きが起こり、2000年からシンガポールとの間でFTA締結に向けての交渉が開始されていたという。大矢根聡「日本 安全保障の期待と社会不安」大矢根聡・大西裕編『FTA・TPPの政治学 貿易自由化と安全保障・社会保障』（有斐閣、2016年）55-57頁参照。したがって、日本・シンガポールEPAの締結は、「地域統合に対する日本政府の態度の変化を象徴する出来事であった」という。須網隆夫「東アジアにおける地域経済統合と法制度化」日本国際経済法学会年報13号（2004年）195頁参照。

³⁷ 外務省Webサイト「日本のFTA戦略」（2002年10月）、
<<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/fta/senryaku.html>>。

³⁸ 経済連携促進関係閣僚会議「今後の経済連携協定の推進についての基本方針」（2004年12月21日）<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/fta/hoshin_0412.html>。

³⁹ Ishikawa, *supra* note 14, p.516. ASEAN諸国とのEPA交渉の概要について、寺林裕介「日・ASEAN包括的経済連携協定成立までの道のり～東アジア経済連携実現への第一歩として～」立法と調査No.284（2008年）76-79頁参照。

れる協定も締結されている⁴⁰。

こうしたEPA・FTA、さらにはメガFTAを日本が積極的に締結するようになった背景には、1990年代以降、世界においてFTAが急増したことのほか、加盟国の増大で大きくなりすぎたWTOにおいてコンセンサス方式による意思決定が困難となり、とりわけ1998年11月のシアトルにおけるWTO閣僚会議の失敗後、この傾向が顕著となったことが挙げられる。このため、日本もまた他の主要国と同様に地域的経済連携への傾斜を深め、日本の場合はとりわけ経済的に関係の深いASEAN諸国や東アジア諸国とFTAなどの協定を締結しようとする機運が高まった⁴¹。そして、日本は特にこれらの諸国とのEPAを通じ、投資分野や知的財産権分野におけるルール形成に積極的に取り組むことになったという⁴²。

しかし、日本が地域的経済連携を重視するきっかけとなった十全の機能を果たせないWTOこそが、これら日本が締結したEPA・FTAを規律する規則を提供していることもまた見逃してはならない。いわゆる「WTO整合性」の問題である。そこで中心となる規定は、物品貿易についてはGATT第24条、サービス貿易についてはGATS第5条となる。例えばGATT第24条は、自由貿易地域が認められるための要件のほか（同条5項(a)及び8項(b)参照）、4項から9項の規定により自由貿易地域が満たすべき要件が定められている⁴³。自由貿易地域は関税及び輸出入制限などを構成国原産の製品の構成国間の貿易の実質上すべてについて撤廃するものであるが、域外国との貿易に適用される関税などの水準が高くなってはならず、それは、1994年のGATT第24条の解釈に関する了解によれば、排他的な経済ブロックの形成を妨げようとする趣旨であり、加重平均関税率及び徴収された関税の全般的な評価に基づくという⁴⁴。

⁴⁰ 「メガFTA」には確たる定義が正式にあるわけではないが、経済規模の大きい日本、米国、中国、EUによる二国・地域間FTA、または、これらの国・地域が二つ以上参加する複数国・地域間FTA とすることは許されよう。このように定義すると、メガFTAには、TPP協定、CPTPP協定、RCEP協定、日中韓FTA（交渉中）、日・EU EPA、米国EU 間の包括的貿易投資協定（TTIP）などが含まれるという。日本貿易振興機構編「ジェトロ世界貿易投資報告 2015年度版」40頁、<<https://www.jetro.go.jp/world/gtir/2015.html>>。

⁴¹ 渡邊頼純監修・外務省経済局EPA交渉チーム編著「解説FTA・EPA交渉」（日本経済評論社、2007年）23頁。メガFTAとの関連については、濱田太郎「メガFTAとアメリカ第一主義の時代における日本の通商政策—国際経済法の立場から—」国際商取引学会年報22号（2020年）82頁参照。

⁴² 中川淳司「東アジアの地域経済統合—法化の進展と今後の発展の方向」日本国際経済法学会編・前掲注(10)246-247頁参照。

⁴³ GATT第24条及びGATS第5条に基づく地域貿易協定の規律については、経済産業省編『令和3年版 通商白書』（2021年）430-433頁参照。また、第24条第4項と同条第5項から第9項との関係も含め、濱田太郎「第17章 市場の地域統合」柳赫秀編著『講義国際経済法』（東信堂、2018年）515-516頁も参照。例えば日本・マレーシアEPAのWTOとの整合性について、坂本太郎「東アジアとの経済連携の強化に向けて～日・マレーシア経済連携協定～」立法と調査No.254（2006年）26-34頁参照。

⁴⁴ 松下満雄・米谷三以『国際経済法』（東京大学出版会、2015年）809頁参照。

また、安全保障例外との関連では、EPA・ETAが規律する領域がWTO協定と重複することから、WTO協定の各協定に定められている安全保障例外条項も、EPA締約国がWTO加盟国であれば、日本が締結したEPAの安全保障条項と重複するおそれが生じる。具体的には、物品貿易分野におけるGATT第21条、サービス貿易分野におけるGATS第14条の2、知的財産権分野におけるTRIPS協定第73条、政府調達分野における政府調達に関する協定第3条第1項がこれに該当する。次にこれらの規定がどのように扱われているかも含め、各EPAにおける安全保障例外条項の規定ぶりを確認することにしたい。

2. 日本が締結したEPAにおける安全保障例外条項の概要

(1) EPAにおける安全保障例外の規定形式

1990年代以降に広がったFTAは、サービスや知的財産権のほか、投資、環境、労働基準などの社会条項に至るまで包括的な内容を有する⁴⁵。このため、二国間の投資分野においての安全保障例外だけを考慮すればよかったBITの場合と異なり、日本が締結したEPAについては、投資のほか、物品貿易、サービス貿易及び知的財産権問題のような、WTO協定も規律対象となり、その安全保障例外も関係しうるような分野も含むことから、EPAが適用の対象となる各分野について安全保障例外がどのように規定されているかということも重要な主題となる。すなわち、一つには、安全保障例外条項が一般的例外条項との関係でどのような規定ぶりとなるのかというBITの場合における類型化と同じ問題がある。さらに二つ目に、BITとの違いとして、先にも述べたように、WTO協定の適用対象と重複する領域がEPAでも規律されることから、WTO協定に定められているような安全保障例外条項と日本が締結したEPAの安全保障例外条項といかなる関係にあるのかという観点が新たに付け加わる。第三に、そうした安全保障例外条項が総則部分に置かれるのか、それとも各規律対象分野に規定されるのかというEPAの中での配置問題がある。これは、対象領域が多岐にわたる当該EPAにおける安全保障例外条項の位置づけの問題である。つまり、これら三つの別個の態様の組み合わせが問われることになるのである。

① 安全保障例外条項が総則部分に置かれて協定全体に効力が及ぶようになっており、個別の分野には安全保障例外条項が置かれていないもの

このカテゴリーに位置づけられる例の一つは、日本が締結した最初のEPAである日本・シンガポールEPA（2002）である。このEPAでは第4条に安全保障例外が置かれ、以

⁴⁵ WTO協定も対象とする領域ではWTO協定よりも高度な規律を課し（いわゆる「WTOプラス」）、多数国間の法的枠組みが存在しない領域では高水準の規律を確保することになる。なかでも、こうしたEPA・FTAの規律対象で注目すべきものは投資条項の存在であるという。間宮勇「WTO体制における地域経済統合—市場の統合と分割」日本国際経済法学会編・前掲注（10）221-223頁参照。

下のように、この協定全体に適用される旨定められている。

「1 この協定のいかなる規定も、次のいずれかのことを定めるものと解してはならない。

(a) 締約国に対し、その開示が自国の安全保障上の重大な利益に反すると当該締約国が認める情報の提供を要求すること。

(b) 締約国が自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次のいずれかの措置をとることを妨げること。

(i) 核分裂性物質若しくは核融合性物質又はこれらの生産原料である物質に関する措置

(ii) 武器、弾薬及び軍需品の取引並びに軍事施設に供給するため直接又は間接に行われるその他の貨物及び原料の取引に関する措置

(iii) 軍事施設のため直接又は間接に行われるサービスの提供に関する措置

(iv) 武器、弾薬若しくは軍需品の調達又は国家の安全保障のため若しくは国家の防衛上の目的のために不可欠な調達に関連する措置

(v) 戦時その他の当該締約国又は国際関係の緊急時にとる措置

(c) 締約国が国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基づく義務に従って措置をとることを妨げること。

2 1の規定の適用に当たり、適当な場合には、世界貿易機関設立協定中の関連規定の解釈及び運用を考慮する。

3 この協定のいかなる規定も、締約国が中枢的な通信基盤を不法な行為から防護するために必要な措置をとることを妨げるものと解してはならない⁴⁶。」

このEPAでは、一般的例外が個別分野ごとに規定されているのに対して、安全保障例外は協定が対象とするすべての分野に適用されることが予定されている。このため、条文もGATT第21条を基本としながらも、サービス貿易にも適用可能なような文言が追加されるなど、広範な規律対象を含むEPAに特有の規定内容となっている。

日本・シンガポールEPA第4条や日本・ブルネイEPA第8条においては、安全保障例外が一般的例外と同じ条の中に置かれているのに対して、日本・チリEPA（2007）では安全保障例外が独自の条項として定められているが（第193条）、同協定全体に安全保障

⁴⁶ この規定の表題は「安全保障のための例外及び一般的な例外」となっていて、第1項及び第2項が安全保障例外に関係し、第3項のみ一般的例外に該当する。したがって、同じ条に別項で安全保障例外と一般的例外が含まれているということから、BITでの(B)型の規定形式ということになる。また、同様の規定形式で①に含まれるものに、日本・ブルネイEPA(2007)第8条が挙げられる。

例外が適用される点では同様の種類と考えることができる。

これに対して、総論にのみ安全保障例外条項が置かれるが、例外事由を列挙するのではなく、GATT第21条、GATS第14条の2、TRIPS協定第73条の安全保障例外条項が適用されることを明示するEPAもある。日本・インドネシアEPA（2007）がその例で、その第11条は一般的例外も含めて以下のように規定されている。

- 「1 次章から第五章（第六十六条を除く。）まで及び第八章の規定の適用上、千九百九十四年のガット第二十条及び第二十一条の規定は、必要な変更を加えた上で、この協定に組み込まれ、この協定の一部を成す。
- 2 第五章（第六十六条を除く。）から第七章までの規定の適用上、サービス貿易一般協定第十四条及び第十四条の二の規定は、必要な変更を加えた上で、この協定に組み込まれ、この協定の一部を成す。
- 3 一方の締約国は、1又は2の規定に従って、第五章（第六十六条を除く。）の規定に基づく義務に適合しない措置をとる場合には、当該措置をとる前に、又はその後できる限り速やかに、他方の締約国に対し当該措置の概要を通報するよう妥当な努力を払う。
- 4 第九章の規定の適用上、世界貿易機関設立協定附属書一C知的所有権の貿易関連の側面に関する協定（以下「貿易関連知的所有権協定」という。）第七十三条の規定は、必要な変更を加えた上で、この協定に組み込まれ、この協定の一部を成す。」

これらの規定方法は、GATTなどの関連規定に依拠したもっとも簡便なものの一つである⁴⁷。安全保障例外事由を列挙する形式の場合も、GATTやGATSの安全保障例外条項の編入とその適用という形式をとる場合も、実質は、GATT、GATS及びTRIPS協定の安全保障例外条項を、「必要な変更を加えた上で」、物品貿易、サービス貿易、知的財産分野及びその他の分野に適用することが予定されているのである。その意味で、安全保障例外の規律内容は、基本的にはGATT、GATS及びTRIPS協定といったWTO協定の安全保障例外関連規定の内容とほぼ同じといえる。

② 安全保障例外条項が総則部分に置かれているが、そのほかに個別分野で安全保障例

⁴⁷ 日本・マレーシアEPA（2005）もこの種の安全保障例外の規定を置き、第10条第1項及び第2項でGATTとGATSの一般的例外と安全保障例外に関する規定が「必要な変更を加えた上で、この協定に組み込まれ、この協定の一部を成す。」としている。なお、その第87条は、「一方の締約国は、第十条の規定に従って、この章（第八十二条を除く。）の規定に基づく義務に適合しない措置をとる場合には、可能な範囲内で当該措置が有効となる前に、それが可能でないときはその後できる限り速やかに、他方の締約国にその旨を通報する。」と定め、投資章（第7章）に第10条の安全保障例外が適用される旨規定する。厳密に言えば、投資分野にGATTとGATSの安全保障例外が適用されるので、投資分野に独自の安全保障例外が置かれているわけではない。

外条項が別に置かれているもの

総則部分において安全保障例外条項を定め、さらに特定の分野についても安全保障例外を認めるEPAがある。

まず、総則部分の安全保障例外条項が例外事由を列挙しているものとして、日本・オーストラリアEPA(2014)及び日本・メキシコEPA(2004)が挙げられる。このうち、日本・オーストラリアEPA第1・10条は以下のような規定である。

「この協定のいかなる規定も、次のいずれかのことを定めるものと解してはならない。

- (a) 締約国に対し、その開示が自国の安全保障上の重大な利益に反すると当該締約国が認める情報の提供を要求すること。
- (b) 締約国が自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次のいずれかの措置をとることを妨げること。
 - (i) 核分裂性物質若しくは核融合性物質又はこれらの生産原料である物質に関する措置
 - (ii) 武器、弾薬及び軍需品の取引並びに軍事施設に供給するため直接又は間接に行われるその他の貨物及び原料の取引並びに軍事施設のため直接又は間接に行われるサービスの提供に関する措置
 - (iii) 戦時その他の国際関係の緊急時にとる措置
- (c) 締約国が国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基づく義務に従って措置をとることを妨げること。」

この条文は、GATT第21条を基本として、(b) (ii)に「核融合性物質」を追加するとともに、サービス貿易への適用も考慮して(b) (ii)に「軍事施設のため直接又は間接に行われるサービスの提供」というGATS第14条の2第1項(b) (i)の文言を含めている。そして、この条文が日本・オーストラリアEPA全体に適用されるものとし、第17章「政府調達」の分野については、特別に第17・20条第1項で、「第一・十条（総則―安全保障のための例外）の規定を適用するほか、この章のいかなる規定も、締約国が自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要と認める措置であって、国家の安全保障のため又は国家の防衛上の目的のために不可欠の政府調達に関連するものをとることを妨げるものと解してはならない。」としている。この規定は、政府調達協定第3条第1項の文言を一部取り入れるかたちで定められている⁴⁸。

⁴⁸ 第3条第1項は以下のとおり。

「この協定のいかなる規定も、締約国が自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要と認める措置又は情報であって、武器、弾薬若しくは軍需品の調達又は国家の安全保障のために

また、日本・メキシコEPAでも、第17章「例外規定」の第169条「安全保障」において、日本・オーストラリアEPA第1・10条とほぼ同じ内容の規定を置いてこれを同EPAのほぼすべての章に適用させることとしたうえで⁴⁹、第11章「政府調達」第126条「例外規定」の第1項では、政府調達については政府調達協定上の安全保障例外の規定がほぼそのままのかたちで規定されており⁵⁰、これが政府調達分野に適用されるものとしている。

これに対して、同じく総則部分に安全保障例外条項は置くものの、GATT第21条やGATS第14条の2が適用される旨の規定のみを定めるにとどまり、そのほか個別分野においてさらに安全保障例外条項を置くEPAもあり、最近のEPAではこの種のものが増えている。

その例として、日本・モンゴルEPA（2015）第1・10条を見てみよう。

- 「1 この協定（第七章、第八章及び第十二章を除く。）の適用上、千九百九十四年のガット第二十条及び第二十一条の規定は、必要な変更を加えた上で、この協定に組み込まれ、この協定の一部を成す。
- 2 第七章から第十章までの規定の適用上、サービス貿易一般協定第十四条及び第十四条の二の規定は、必要な変更を加えた上で、この協定に組み込まれ、この協定の一部を成す。
- 3 （略）」

第1項は、一部の章を除き、この協定一般にGATT第21条が適用され、また第2項は、サービス貿易に係る分野につきGATS第14条の2が適用されることをそれぞれ定める。

「必要な変更を加えた上で」、このようにGATT・GATS規則が編入され適用されることにするのは、当該EPAの締約国がいずれもWTO加盟国である場合にはきわめて簡便な処理方法といえよう。日本・モンゴルEPAは、さらに「知的財産」の第12章については別に第12・19条を置き、「この章の規定の適用上、貿易関連知的所有権協定第七十三条

若しくは国家の防衛上の目的のために不可欠の調達に関連するものにつき、その措置をとること又はその情報を公表しないことを妨げるものと解してはならない。」

外務省Webサイト「政府調達に関する協定」第3条参照（2021年5月19日）、

<https://www.mofa.go.jp/mofaj/ecm/it/page25_000439.html#section4>。

⁴⁹ 第169条の柱書に「第三章から第八章まで、第十章及び前章の規定の適用上、」とあり、具体的分野で安全保障例外の適用が除外されたのは、第9章「金融サービス」、第11章「政府調達」、第12章「競争」の各分野である。

⁵⁰ 日本・メキシコEPA締結当時に効力を有していたのは改正前の1994年政府調達協定で、その第23条第1項が参照されたことになる。この規定は現行の政府調達協定第3条第1項と同一である。

の規定は、必要な変更を加えた上で、この協定に組み込まれ、この協定の一部と成す。」として、TRIPS協定第73条の安全保障例外の適用も認めている。

この日本・モンゴルEPAのように、総則において協定全体に適用される安全保障例外条項が、GATT第21条とGATS第14条の2の編入を規定しているEPAとしては、日本・ペルーEPA（2011）（第11条第1項及び第2項）、日本・インドEPA（2011）（第11条第1項及び第2項）、日本・ベトナムEPA（2008）（第8条第1項及び第2項）、日本・タイEPA（2007）（第10条第1項及び第2項）が挙げられる。そしてこれらのEPAは、さらに知的財産（日本・インドEPA第109条；日本・ベトナムEPA第98条；日本・タイEPA第144条）⁵¹、政府調達（日本・ペルーEPA第161条第1項；日本・インドEPA第115条第2項）⁵²、及び衛生植物検疫措置（日本・ベトナムEPA第51条第3項）⁵³について、別途安全保障例外条項をそれぞれ定めている。

こうした安全保障例外条項の適用に関して、総則規定と各分野の特別規定を組み合わせる方式は、一般的に定式化された安全保障例外事由を協定全般に適用することでこれをセーフティネットとして機能させながら、各締約国の事情に応じて、それぞれが関心を有する規律分野に柔軟な特別規則を適用させることを可能とする利点がある。このため、いかなる個別分野に独自の安全保障例外規則が適用されるかどうかは、EPAごとに差異が生じよう。ただ、そのために適用される特別規則も、これまでの実行では、当該分野に特化した規則が適用されたり（知的財産分野におけるTRIPS協定第73条の適用）、GATT第21条を基本として一般的に共有されている定式を、必要に応じて変更したうえで作成していることから、規則の内容自体はそれほど大きな差異はないと

⁵¹ いずれもEPAにおいても、「この章の規定の適用上、貿易関連知的所有権協定第七十三条の規定は、必要な変更を加えた上で、この協定に組み込まれ、この協定の一部を成す。」という規定であり、TRIPS協定の安全保障例外条項を当該EPAに編入する内容となっている。

⁵² 日本・ペルーEPA第161条は第9章「政府調達」の中に位置付けられており、第161条第1項は、「この章のいかなる規定も、締約国が自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要と認める措置又は情報であって、武器、弾薬若しくは軍需品の調達又は国家の安全保障のため若しくは国家の防衛上の目的のために不可欠の調達に関連するものにつき、当該措置をとること又は当該情報を公表しないことを妨げるものと解してはならない。」と定める。日本・インドEPA第115条第2項もほぼ同一の文言である。なお、この規定は、1994年署名の政府調達に関する協定第23条及び2012年採択の政府調達に関する協定を改正する議定書で改正された政府調達に関する協定第3条第1項ともほぼ同一である。外務省Webサイト「政府調達に関する協定」（2021年5月19日）、<https://www.mofa.go.jp/mofaj/ecm/it/page25_000439.html#section4>。

⁵³ 日本・ベトナムEPA第51条は、第5章「衛生植物検疫措置」の規定が、WTOの貿易の技術的障害に関する協定で定義する強制規格、任意規格及び適合性評価手続に適用されることを第1項で定め、第3項で、「この章のいかなる規定も、正当な目的の達成のために必要な限度において、強制規格及び任意規格を立案し、制定し、及び適用する締約国の権利を制限するものではない。正当な目的とは、特に、国家の安全保障上の必要、詐欺的な行為の防止及び人の健康若しくは安全の保護、動物若しくは植物の生命若しくは健康の保護又は環境の保全をいう。」として、一般的例外と安全保障例外の趣旨を規定する。

もいえる。

③安全保障例外条項が各分野においておかれているEPA

安全保障例外条項が総則部分や最終条項に置かれるのではなく、当該EPAが規律する各領域に安全保障例外条項が置かれる場合がある。日本が締結したEPAにおいてこのような規定ぶりとなっているのは、日本・フィリピンEPA(2006)と日本・スイスEPA(2009)である。

日本・フィリピンEPAでは、第23条において第2章「物品の貿易」に適用される例外として、GATT第20条の一般的例外のほか、同第21条の安全保障例外が準用される旨規定されている。また、物品貿易以外の領域では、安全保障例外事由がそれぞれ具体的に列挙されて規定されている。例えば、第7章「サービス貿易」では第84条に以下のような規定が置かれている。

「1 この章のいかなる規定も、次のいずれかのことを定めるものと解してはならない。

(a) 締約国に対し、その開示が自国の安全保障上の重大な利益に反すると当該締約国が認める情報の提供を要求すること。

(b) 締約国が自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次のいずれかの措置をとることを妨げること。

(i) 軍事施設のため直接又は間接に行われるサービスの提供に関する措置

(ii) 兵器の不拡散に係る国内政策若しくは国際協定の実施に関する措置又は核分裂性物質若しくは核融合性物質若しくはこれらの生産原料である物質に関する措置

(iii) 戦時その他の国際関係における緊急時にとる措置

(c) 締約国が国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基づく義務に従って措置をとることを妨げること。

2 一方の締約国は、他方の締約国が1(b)及び(c)の規程に基づいてとる措置並びにその終了について最大限に可能な範囲で通報を受ける。」

付け加えると、この規定のうち第1項と同じ内容の安全保障例外は、第9章「自然人の移動」でも適用される規定として第115条に具体的に列挙されている。

ところが、第8章「投資」に係る分野では、安全保障例外が一般的例外とともに同じ条項の中で規定された。その第99条第1項は次のような規定である。

「1 この章のいかなる規定（第九十六条の規定を除く。）も、一方の締約国が次の措置を採用し、又は実施することを妨げるものと解してはならない。ただし、それらの

措置を、他方の締約国に対する恣意的若しくは不当な差別の手段又は自国の区域内にある他方の締約国の投資家の投資財産に対する偽装した制限となるような態様で適用しないことを条件とする。

(a) 人、動物又は植物の生命又は健康の保護のために必要な措置

(b) 公衆の道徳の保護又は公の秩序の維持のために必要な措置

注釈 公の秩序を理由とする例外は、社会のいずれかの基本的な利益に対し真正かつ重大な脅威がもたらされる場合に限り、援用することができる。

(c) 自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次の措置

(i) 戦時、武力紛争その他の自国又は国際関係における緊急時にとる措置

(ii) 兵器の不拡散に係る国内政策又は国際協定の実施に関連してとる措置

(d) 国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基づく義務に従ってとる措置

2及び3 (略)」

この規定の形式と内容は、すでに述べた(A)型BITの安全保障例外条項とほぼ同じである。それゆえ、第1項柱書の制約が一般的例外のみならず安全保障例外にも妥当する可能性があるという点では(A)型BITと同じ問題点を内包するといえよう。なお、第2項では第1項に基づく措置の他方締約国への通報に関する手続的な義務を、第3項では他方締約国投資家による投資財産の設立に関連した特別な手続上の義務の賦課をそれぞれ定めている。

日本・フィリピンEPAよりも様々な領域で安全保障例外を定めているのが、日本・スイスEPAである。この協定では、第2章「物品の貿易」についてGATT第21条が「必要な変更を加えた上で」適用される旨規定し（第22条）⁵⁴、第6章「サービスの貿易」については日本・フィリピンEPA第84条第1項と同様の文言で例外事由を列挙している（第56条）⁵⁵。また、第7章「自然人の移動」及び第8章「電子商取引」については第56条の

⁵⁴ 第22条では、「千九百九十四年のガット第二十条及び第二十一条の規定は、必要な変更を加えた上で、ここにこの協定に組み込まれ、この協定の一部を成すこととし、この章の規定の適用上、これらの規定を適用する。」とあり、一般的例外とともに安全保障例外についてもGATTの関連規定が適用されることが定められている。

⁵⁵ 日本・スイスEPA第56条の規定は以下のとおり。

「この章のいかなる規定も、次のいずれかのことを定めるものと解してはならない。

(a) 締約国に対し、その開示が自国の安全保障上の重大な利益に反すると当該締約国が認める情報の提供を要求すること。

(b) 締約国が自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次のいずれかの措置をとることを妨げること。

(i) 軍事施設のため直接又は間接に行われるサービスの提供に関する措置

(ii) 核分裂性物質若しくは核融合性物質又はこれらの生産原料である物質に関する措置

(iii) 戦時その他の国際関係における緊急時にとる措置

(c) 締約国が国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基づく義務に従って措置を

規定が準用され（第69条及び第83条），第9章「投資」については，投資財産に投資を行っている場合にはGATS第14条の2が「必要な変更を加えた上で」適用され（第95条第1項），投資された投資財産にはGATS第14条の2第1項が準用される（同条第2項）。最後に，第11章「知的財産」についてはTRIPS協定第73条が，やはり「必要な変更を加えた上で」適用されることになる⁵⁶。

個別分野ごとに安全保障例外条項を規定するこの方式は，同条項を含める分野の選定とその内容について締約国間で合意を要することから，作成過程においてきわめて手間のかかるものとなりやすいであろう。ただ，締約国の要望には柔軟に対応できるものの，実際の規定内容は既存の規定を準用したり若干修正したりするもので，それほど独自性が求められているわけではない。むしろ安全保障例外が適用されない分野の選別が問題となりやすいともいえよう。締約国が自国の安全保障を強調する傾向が強く，安全保障例外条項が挿入されることが一般的となっている最近の傾向からは，個別分野に安全保障例外を規定するこうした方式はそれほど通常の方式ではない。日本が締結する経済関係協定においてもきわめてまれであり最近では使用されていないのは，そうしたことも一因であろう。

（2）EPAにおける安全保障例外の特徴

日本がこれまで締結したEPAにはすべて安全保障例外条項が含まれている。BITとの対比でいえば，日本・エジプトBIT(1977)や日本・スリランカBIT(1982)のような締結初期のBITはともかく，2010年代に入っても，日本・パプアニューギニアBIT(2011)，日本・イラクBIT(2012)及び日本・サウジアラビアBIT(2013)のように，安全保障例外条項が規定されなかったものがあるBITとは対照的に，EPAについては，2002年に日本・シンガポールEPAが初めて締結されて以降，2015年の日本・モンゴルEPAまでの15本すべてにおいて安全保障例外条項が含まれているのである。しかもその内容は，GATT第21条の安全保障例外条項を基調としたものや，WTO協定の安全保障例外条項をそのまま，あるいは必要な変更を加えて適用するように施している。さらに，いわゆる「自己判断」的規定を有するものとなっていることもその特徴の一つであろう。その意味で，安全保障例外条項の有無やその内容については，近年のBITの特徴と平仄をそろえるかたちとなっている。

この点は，米国が締結してきたFTAの安全保障例外条項とは異なる点でもある。米国のFTAでは，2012年米国モデルBITと同じような安全保障例外が用いられており，GATT

とることを妨げること。」

⁵⁶ このような形式をとった背景には，日本とスイスのこれまでの「例外」に対する考え方の違いがあり，これが反映されていることが推察される。主として投資規律分野における「例外」の問題について，杉原大作「日・スイス経済連携協定投資章～既存協定との比較による一考察」外務省調査月報2009/No.2（2009年）18-20頁参照。

や日本が締結してきたBIT・EPAの安全保障例外に定められているような、例外事由の列挙が行われていない⁵⁷。したがって、日本が締結したBIT・FTAの安全保障例外のところが事項的な制約を受けやすいということが言えるのであり、安全保障例外を法の規律の下に置くのであれば、文言上は米国型の安全保障例外よりも望ましい内容であるということになるだろう。

なお、安全保障例外を一般規定と個別分野にどのように配置するかについては、EPA締結に関する日本政府の方針として統一的な方針があるようには思われない。EPA全体に安全保障例外条項の効力を及ぼすのか否か、それ以外に個別分野で安全保障例外事由を認めるのか否か、認めるとすればそれはどの分野か、そもそもEPA全体に適用される安全保障例外は認めず、個別領域ごとに安全保障例外を認めるのかなど、それ自体は、相手国との交渉の内容に依存しているということになるだろう。ただ、最近の傾向としては、EPA全体に効力を及ぼす安全保障例外条項を置いて、GATT型の例外列挙を踏襲しつつ、EPAがカバーする分野の範囲を考慮に入れて必要に応じた変更を施すとともに⁵⁸、この一般的な安全保障例外条項によってカバーされていても、少なくとも政府調達や知的財産には別途個別分野で特別の規則を置くことにするというのが、日本により締結されるEPAの安全保障例外条項に関するボトムラインのように思われる。

3. 日本が締結したメガFTAにおける安全保障例外条項の概要

(1) メガFTAにおける安全保障例外の規定形式

日本が署名を終えたメガFTAは、TPP協定（2016年2月4日署名）及びCPTPP協定（2018年3月8日署名）⁵⁹、日本・EU EPA（2018年7月17日署名）、RCEP協定（2020年11月15日

⁵⁷ 例えば米国・オーストラリアFTA(2004)第22・2条参照。

“Article 22.2 : Essential Security

Nothing in this Agreement shall be construed:

(a) to require a Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; or

(b) to preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfilment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.”

OFFICE of the UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE “Australia Free Trade Agreement” <https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/australia/asset_upload_file148_5168.pdf> .

⁵⁸ 例えば投資分野と貿易分野や金融分野とでは「安全保障上の重大な利益」がいかに決定されるかについて違いがあるように、分野ごとに関係する「安全保障」の性質も相違がありうる。A.H.Qureshi, “The Economic Emergency Defence in Bilateral Investment Treaties: A Development Perspective”, in Ch.Binder, U.Kriebaum, A.Reinisch & S.Wittich (eds.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (O.U.P., 2009), pp.632-633.

⁵⁹ TPPについては、外務省Webサイト「環太平洋パートナーシップ（TPP）協定交渉」（2022年1月4日）<<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/tp/>>、また、経済産業省編・前掲注(43)210-211頁も参照。

署名)であり⁶⁰、このうちCPTPP協定は2018年12月30日に⁶¹、日本・EU EPAは2019年2月1日にそれぞれ効力が発生した。さらに、日本は中国・韓国との間でのFTAについても、RCEP協定を上回る付加価値をもたらすべく現在も交渉を継続している⁶²。

これらメガFTAは多数国間における広域の通商法秩序の構築を目的とするもので、二国間のEPA・FTAと同様にWTO体制による規律を受ける。他方で、特に三か国以上の関係国が参加する場合には、WTOが規律していない新たなルールが形成され、あるいはWTOの関連規則を超えるルールが導入される際に、これら多くの関係国の国益を考慮しつつそうしたルール形成が行われることになり、安全保障例外条項もまた同様に多数の関係国が受け入れられるような規定ぶりが求められることになる。そこで、ここでは、まず二国間のメガFTAである日本・EU EPAの安全保障例外条項を確認した後、同じくメガFTAではあるが、多数国間関係のCPTPP協定とRCEP協定の安全保障例外条項の内容と当該FTAにおけるその位置づけを確認しておこう。

① 日本・EU EPA (2018)

この協定には二つの安全保障例外条項が規定されている。この協定に一般的に適用される第1・5条と、第14章の「知的財産」に適用される第14・54条がある。第1・5条「安全保障のための例外」は以下のような規定である。

「1 この協定のいかなる規定も、次のいずれかのことを定めるものと解してはならない。

(a) 締約国に対し、その開示が自国の安全保障上の重大な利益に反すると当該締約国が認める情報の提供を要求すること。

⁶⁰ RCEP署名国は、ASEAN10か国のほか、日本、中国、韓国、オーストラリア、ニュージーランドの計15か国である（インドは2019年11月以降交渉不参加）。外務省Webサイト「RCEP協定概要」<<https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/100284650.pdf>> 同「地域的な包括的経済連携（RCEP）協定」<<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/fta/j-eacepia/index.html>> これまでに、日本のほか、ブルネイ、カンボジア、ラオス、シンガポール、タイ、ベトナム、オーストラリア、中国、ニュージーランド（以上の諸国には2022年1月1日に効力発生）、韓国（2022年2月1日効力発生）及びマレーシア（2022年3月18日効力発生）、がそれぞれ批准書や受諾書をASEAN事務局長に寄託している。

⁶¹ CPTPPの署名国は、オーストラリア、ブルネイ、カナダ、チリ、日本、マレーシア、メキシコ、ニュージーランド、ペルー、シンガポール、ベトナムの11か国で、そのうちオーストラリア、カナダ、日本、メキシコ、ニュージーランド、ペルー、シンガポールの8か国の間で効力が発生している（2021年12月現在）。外務省Webサイト「環太平洋パートナーシップ（TPP）協定交渉」<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/tpp/> そのほか、英国が2021年2月にCPTPPへの加盟を正式に申請し、同年6月より関係国との加盟交渉を開始した。なお、英国によるCPTPPへの加盟戦略については、see, UK Department for International Trade, UK Accession to CPTPP: The UK's Strategic Approach <<https://www.gov.uk/government/publications/uk-approach-to-joining-the-comprehensive-and-progressive-agreement-for-trans-pacific-partnership-cptpp>>.

⁶² 外務省Webサイト「日中韓FTA」（2020年5月29日）<<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/fta/j-jck/index.html>>

(b) 締約国が自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次のいずれかの措置をとることを妨げること。

(i) 核分裂性物質若しくは核融合性物質又はこれらの生産原料である物質に関する措置

(ii) 武器、弾薬及び軍需品の生産又は取引並びに軍事施設に供給するため直接又は間接に行われるその他の貨物及び原料の生産又は取引に関する措置

(iii) 軍事施設のため直接又は間接に行われるサービスの提供に関する措置

(iv) 戦時その他の国際関係の緊急時にとる措置

(c) 締約国が国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基づく義務に従う措置をとることを妨げること。

2 1の規定にかかわらず、

(a) 第十章の規定の適用上、政府調達協定第三条の規定を適用する。

(b) 第十四章の規定の適用上、第十四・五十四条の規定を適用する。」⁶³

この第1・5条第1項は、同条第2項により、「政府調達」(第10章)と「知的財産」(第14章)の各分野以外のこの協定の分野に適用される。したがって、「物品の貿易」(第2章)、「サービス貿易、投資の自由化及び電子商取引」(第8章)などには第1・5条第1項が適用されることになる。またその内容は、GATT第21条を基本としながら、二点について変更を導入している。第一に、(b) (i)に「核分裂性物質」だけでなく「核融合性物質」も含めたことである。これは第2次世界大戦後の科学技術の発展を取り入れたもので、他のEPA⁶⁴、さらにはGATS第14条の2第1項(b) (ii)とも平仄を合わせる内容となっている。第二に、(b) (iii)において、軍事施設に関連する「サービスの適用に関する措置」が置かれていることである。これは、第1・5条第1項がサービス貿易の分野にも適

⁶³ 日本・EU EPA第1・5条の条文については、外務省Webサイト「日EU経済連携協定(和文テキスト)『経済上の連携に関する日本国と欧州連合との間の協定』」(2022年1月14日) <https://www.mofa.go.jp/mofaj/ecm/ie/page4_004215.html> 参照。この条文は、EUから脱退した英国と日本が締結した日本・英国包括的EPA第1・5条と同一である。なお、日本・英国包括的EPAは、2020年10月23日に署名され、2021年1月1日に効力が発生している。外務省Webサイト「日英包括的経済連携協定(EPA)」(2022年7月1日)

<https://www.mofa.go.jp/mofaj/ecm/ie/page22_003344.html>

⁶⁴ 日本・ブルネイEPA第8条第3項(b) (iii)、日本・英国包括的EPA第1・5条第1項(b) (i)、日本・EU EPA第1・5条第1項(b) (i)、日本・オーストラリアEPA第1・10条(b) (i)、日本・メキシコEPA第169条(b) (iii)、日本・シンガポールEPA第4条第1項(b) (i)、日本・スイスEPA第56条(b) (ii)、日本・フィリピンEPA第84条第1項(b) (ii)参照。なお、物品貿易を中心としたAJCEP協定は、当初その第8条(b) (i)で「核分裂性物質」にのみ言及していたが、サービス貿易や自然人の移動及び投資に関する規定を追加するために2019年に締結された日本・ASEAN包括的経済連携協定第一改正議定書第3条により、改正第8条第1項(b) (iii)で「核融合性物質」の文言が付け加えられた。なお、この改正議定書の概要については、川端万貴「日・ASEAN包括的経済連携協定第一改正議定書の発効」時の法令2125号(2021年) 31-45頁参照。

用されることから、GATS第14条の2第1項(b)(i)がそのまま取り入れられたものである。従来(c)型のEPAでは、この協定の第1・5条第1項(b)(ii)に該当する規定に含まれていたが⁶⁵、この協定はそのために新たなサブパラグラフを定めたことになる⁶⁶。

他方、前述のとおり、「政府調達」と「知的財産」の各分野には、安全保障例外について第1・5条第1項とは異なる規定が適用されることになった。まず、「政府調達」分野には、同条第2項(a)により政府調達協定第3条が適用される。この政府調達協定第3条は、その第1項が安全保障例外に、同第2項が一般的例外にそれぞれ該当する⁶⁷。したがって、この協定が適用される「政府調達」分野には、政府調達協定の安全保障例外と一般的例外がともに適用されるということになる。これは、安全保障例外については、原則として第1・5条第1項がこの協定全体に適用されるのに対して、一般的例外については、個別の分野にそれぞれ一般的例外が規定され適用される構造となっているためである⁶⁸。

また、「知的財産」分野には第1・5条第2項により第14・54条が適用されるが、この第14・54条によると、TRIPS協定第73条の安全保障例外条項が、「必要な変更を加えた上で、この協定に組み込まれ、この協定の一部を成す」ことになる。このため、「知的財産」分野では、基本的にTRIPS協定第73条が適用されるのである。

このように、日本・EU EPAにおける安全保障例外は、GATT第21条に類似する第1・5条第1項が一般的に同協定に適用されるが、特に「政府調達」と「知的財産」についてはそれぞれ、第1・5条第2項を通じて、政府調達協定第3条第1項とTRIPS協定第73条が適用される構造となっている⁶⁹。

⁶⁵ 日本・メキシコEPA第169条(b)(i)、日本・チリEPA第193条(b)(i)、日本・オーストラリアEPA第1・10条(b)(ii)がある。

⁶⁶ なお、日本・シンガポールEPA第4条第1項(b)(iii)も同じ規定である。

⁶⁷ 政府調達協定は1994年4月に作成され、1996年1月1日に効力が発生したが、その後、協定の適用を受ける機関及びサービスの拡大、発展途上国の協定加入に対する特別な待遇、電子的手段の活用による調達手続の簡素化等の内容を盛り込んだ「政府調達に関する協定を改正する議定書」が2012年3月30日に採択され、2014年4月6日に効力が発生した。もともと安全保障例外と一般的例外は政府調達協定第23条の第1項と第2項にそれぞれ規定されていたが、この議定書の発効により、同協定第3条の第1項と第2項になった。なお、安全保障例外の規定は変更がないが、一般的例外のほうは、改正により措置の内容がサブパラグラフに整理されている。外務省Webサイト「WTO政府調達協定」(2022年2月14日)、<<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/wto/chotatu.html>>。

⁶⁸ 一般的例外は、「物品の貿易」(第2章)については第2・22条、「サービスの貿易、投資の自由化及び電子商取引」(第8章)については第8・3条、「補助金」(第12章)については第12・9条にそれぞれ規定があり、いずれもGATT第20条やGATS第14条の規定が、「必要な変更を加えた上で、この協定に組み込まれ、この協定の一部を成す」とされている。

⁶⁹ EUが締結した他のメガFTAでも同一の構造が採用されているが、規定方法はそれぞれ若干異なる。2011年のEU・韓国FTAでは、FTA全体に適用される安全保障例外条項を定め(第15・9条)、サービス貿易や電子商取引分野ではWTO協定上の権利義務を再確認し(第7・1条第1項)、政府調達分野では1994年政府調達協定(第9・1条第1項)、知的財産分野ではTRIPS協定(第10・2条

② CPTPP協定（2018）（環太平洋パートナーシップに関する包括的及び先進的な協定）

CPTPP協定は第1条第1項により、発効要件などの一部の規定を除き、TPP協定の規定が必要な変更を加えたうえでCPTPP協定に組み込まれることを規定しており、CPTPP協定の安全保障例外条項もまた、TPP協定と同じ内容の条項がCPTPP協定に規定されることになった。以下の「例外及び一般規定」と題する第29章の第29・3条がその規定である。

「この協定のいかなる規定も、次のいずれかのことを定めるものと解してはならない。

- (a) 締約国に対し、その開示が自国の安全保障上の重大な利益に反すると当該締約国が決定する情報の提供又はそのような情報へのアクセスを要求すること。
- (b) 締約国が国際の平和若しくは安全の維持若しくは回復に関する自国の義務の履行又は自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める措置を適用することを妨げること。」⁷⁰

この第29・3条の規定ぶりは2012年米国モデルBIT第18条とほぼ同じである⁷¹。内容については、第29・3条の(a)は、GATT第21条(a)とほぼ同じ規定内容となっている。異なるのは、情報の提供のみならず、情報へのアクセスも要求しうることである。また、情

第1項)の実施を確保することで、実質的に各WTO協定の安全保障例外条項が適用されることになっている (EUR-Lex “Official Journal of the European Union” L127, (14 May 2011) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2011:L127:FULL&from=EN>>)。

また、EU・カナダFTA (CETA) (2017) では、やはりFTA全体に適用される安全保障例外条項が置かれる一方 (第28・6条)、政府調達分野では安全保障例外事由が列挙され (第19・3条第1項)、知的財産分野ではTRIPS協定上の権利義務が適用され、同協定の安全保障例外も適用される (第20・2条第1項及び第2項) ことが規定されている (European Commission “Trade” <<https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/>>)。

⁷⁰ 第29・2条の英文は以下のとおり。

“Article 29.2: Security Exceptions

Nothing in this Agreement shall be construed to:

- (a) require a Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; or
- (b) preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfilment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.”

⁷¹ 2012年米国モデルBIT第18条は以下のとおり。

“Article 18: Essential Security

Nothing in this Treaty shall be construed:

- 1. to require a Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; or
- 2. to preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.”

Investment Policy Hub “Model Agreements”

< <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2870/download> >.

報の開示が「自国の安全保障上の重大な利益」に反するかどうかを締約国が「認める」のではなく、「決定する」となっている点も文言上は異なるが、いずれも「自己判断」的文言であることに変わりなく、この安全保障例外の性格付けの観点からは違いがないといってよい。他方、第29・3条(b)については、GATT第21条(b)の(i)～(iii)のように「自国の安全保障上の重大な利益を保護するために必要であると認める」措置が列挙されているわけではない。すなわち、第29・3条(b)に該当する措置は、列挙事由というかたちでは制約されてはいないため、GATT第21条(b)よりも広範に該当すると解される可能性がある⁷²。

この規定ぶりは、前述のように2012年米国モデルBIT第18条を参照しているように思われることのほか、米国が各国と締結しているFTAに定められる「重大な安全保障(Essential Security)」条項の内容と同じであることから⁷³、その内容を定めるにあたってはTPP交渉時に米国が参加していたことの影響を受けたものと推察される⁷⁴。安全保障例外事由を具体的に列挙するGATT型の安全保障例外ではなく、「自国の安全保障上の重大な利益」という一般的な概念により包摂するこの「米国」型の安全保障例外条項は、例外事由を援用国の主観的な判断に依拠させるものであり⁷⁵、それよりも制限的なGATT型の安全保障例外と比較すると、援用国に有利な条項であるように思われる。

③ RCEP協定（地域的な包括的経済連携協定）

⁷² 飯野文『WTO FTA CPTPP—国際貿易・投資のルールを比較で学ぶ』（弘文堂、2019年）79頁参照。GATT型の例外事由では「自己判断」的性格を有さない「国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基づく義務に従ってとる措置」もまた、「自己判断」的な性格の「国際の平和若しくは安全の維持…のために必要であると認める措置」に含まれることになるが、この制裁措置を例外事由として認めるのか、国連憲章第103条の問題としてとらえるのか、いずれの立場もありうる。E.De Brabandere & D.Holloway, “Sanctions and International Arbitration”, in L.van den Herik (ed.), *Research Handbook on UN Sanctions and International Law* (Edward Elgar, 2017), pp.311-312. ただ、前者であれば援用国の主観的判断が関係する可能性があることから、解釈上の問題はなお残る。

⁷³ 米国・オーストラリアFTA(2004)第22・2条、米国・チリFTA(2003)第23・2条、米国・ペルーFTA(2006)第22・2条、米国・シンガポールFTA(2003)第21・2条などを参照。また、北米自由貿易協定(NAFTA)にとって代わった2020年の米国・カナダ・メキシコ協定(USMCA)の第32・2条は、CPTPP協定第29・3条と同一の文言である(OFFICE of the United States Trade Representative “Free Trade Agreement” <<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>>)。

⁷⁴ 同一内容の規定は、日本が締結した最近の経済関係協定では、日米貿易協定第4条及び日米デジタル貿易協定第4条（いずれも2019年1月17日署名、2020年1月1日効力発生）にみられる。外務省Webサイト「日本国とアメリカ合衆国との間の貿易協定（略称：日米貿易協定）」（2020年1月1日）<https://www.mofa.go.jp/mofaj/ila/et/page23_002886_00001.html> 及び外務省Webサイト「デジタル貿易に関する日本国とアメリカ合衆国との間の協定（略称：日米デジタル貿易協定）」（2020年1月1日）<https://www.mofa.go.jp/mofaj/ila/et/page3_002912.html>参照。

⁷⁵ 外資規制の文脈ではあるが、そもそも「国家安全保障」概念自体、「定義のない極めてあいまいで融通無碍の概念」であり、「多分に感情的あるいは合理的分析のできない総合判断的側面」を含む以上、司法審査には向かないという評価もある。柏木昇著「国家安全保障と国際投資—国家安全保障概念の不確定性を中心に—」日本国際経済法学会年報18号（2009年）75頁。

2020年に署名されたRCEP協定の安全保障例外条項は、「一般規定及び例外」と題する第17・13条に規定されている。

「この協定のいかなる規定も、次のいずれかのことを定めるものと解してはならない。

- (a) 締約国に対し、その開示が自国の安全保障上の重大な利益に反すると当該締約国が認める情報の提供を要求すること。
 - (b) 締約国が自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次のいずれかの措置をとることを妨げること。
 - (i) 核分裂性物質若しくは核融合物質又はこれらの生産原料である物質に関する措置
 - (ii) 武器、弾薬及び軍需品の取引並びに軍事施設に供給するため直接若しくは間接に行われるその他の貨物及び原料の取引に関する措置又は軍事施設のため直接若しくは間接に行われるサービスの提供に関する措置
 - (iii) 通信、電力及び水道の基盤を含む中枢的な公共基盤（注）を防護するためにとる措置
- 注 中枢的な公共基盤は、公有のものであるか私有のものであるかを問わない。
- (iv) 国家の緊急時又は戦時その他の国際関係の緊急時にとる措置
 - (c) 締約国が国際の平和及び安全の維持のため国際連合憲章に基づく義務に従って措置をとることを妨げること。」⁷⁶

この例外事由は日本が締結したBITやEPAのほとんどと共通する内容となっているが、それとは異なるものとして注目されるのは、(b) (iii)に定められた「通信、電力及び水道の基盤を含む中枢的な公共基盤を防護するためにとる措置」である。このよう

⁷⁶ RCEP協定第17章の第17・13条の英文は次のとおり。

“Article 17.13: Security Exceptions

Nothing in this Agreement shall be construed:

- (a) to require any Party to furnish any information the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests;
- (b) to prevent any Party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests:
 - (i) relating to fissionable and fusionable materials or the materials from which they are derived;
 - (ii) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials, or relating to the supply of services, as carried on directly or indirectly for the purpose of supplying or provisioning a military establishment;
 - (iii) taken so as to protect critical public infrastructures⁷ including communications, power, and water infrastructures;

⁷ For greater certainty, this includes critical public infrastructures whether publicly or privately owned.

- (iv) taken in time of national emergency or war or other emergency in international relations; or
- (c) to prevent any Party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.”

な広範な公共基盤を防護するための例外は、日本が締結したこれまでのBITやEPAにこれまで見られなかったわけではないが、一般的例外事由として規定されるものや安全保障例外事由として挙げられることもあるなど、明確に定式化されてきたわけではない⁷⁷。

しかし、ASEAN諸国が締結したFTAにおいては、このRCEP協定の場合と同様に、公共インフラの中でもとりわけ重要な施設を防護するためにとられる措置が安全保障例外として認められており、むしろ通常は安全保障例外事由として含まれるといってもよいほどである。例えば2009年ASEAN・インド包括的経済協力枠組条約下の物品貿易協定第13条では、「中核的な通信基盤を無力化し又は劣化させることを意図した故意の試みから当該基盤を防護するためにとる行動」が安全保障例外の事由として挙げられている⁷⁸。さらに、2009年ASEAN・オーストラリア・ニュージーランド自由貿易地域協定（AANZFTA）の第15章第2条第1項(b)(iii)はRCEP第17・13条(b)(iii)と同一文言であり⁷⁹、同じく2009年ASEAN・韓国包括的経済協力枠組協定（AKFTA）の下でそれぞれ

⁷⁷ 前述の日本・シンガポールEPA第4条第3項は、「この協定のいかなる規定も、締約国が中核的な通信基盤を不法な行為から防護するために必要な措置をとることを妨げるものと解してはならない。」として、通信に限ってではあるが、中核的な基盤への攻撃に対する防護を例外事由として明示している。この第4条は安全保障例外と一般的例外の両方の事由を含めており、この第3項のほかには一般的例外に該当する事由がないため、これが一般的例外事由とみなされているようである。しかし、日本・インドEPA第11条第3項は、「この協定のいかなる規定も、締約国が、通信、電力及び水道の基盤を含む中核的な公共基盤を使用不能にし、又は破壊する計画的な企てから当該公共基盤を防護するという自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める措置をとることを妨げるものと解してはならない。」として、RCEP協定第17・13条(b)(iii)と類似の文言を用いて、明らかに自国の「安全保障上の重大な利益」の保護のための措置という安全保障例外事由として位置付けている。

⁷⁸ ASEAN・インド包括的経済協力枠組条約下の物品貿易協定第13条(b)(iii)は次のとおり。

“Article 13 Security Exceptions

Nothing in this Agreement shall be construed: …

(b) to prevent any Party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests, including: ……

(iii) action taken so as to protect critical communications infrastructure from deliberate attempts intended to disable or degrade such infrastructure”

また、サービス貿易協定第13条(b)(iii)及び投資協定第21条第1項(b)(iv)の場合も、“critical public communications”とされている以外は同一の規定である（Government of India “India-ASEAN Trade Agreements” <<https://commerce.gov.in/international-trade/trade-agreements/india-asean-agreements/>> ）。

⁷⁹ AANZFTA第15章第2条第1項(b)(iii)は以下のとおりである。

“Article 2 Security Exceptions

1. Nothing in this Agreement shall be construed: …

(b) to prevent any Party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests: …

(iii) taken so as to protect critical public infrastructures³ including communications, power and water infrastructures from deliberate attempts intended to disable or degrade such infrastructures;

³ For clarity, this includes critical public infrastructures whether publicly or privately owned.”

Australian

Government

“Official

documents”<https://www.dfat.gov.au/sites/default/files/aanzfta_chapter15.PDF> > ）。

締結された物品貿易協定第12条(b)(iii), サービス貿易協定第14条第1項(b)(iii), 及び投資協定第21条第1項(b)(iv)でも安全保障例外としてほぼ同様の文言が定められている⁸⁰。

RCEP交渉過程では, TPP協定及びCPTPP協定において米国やAPEC諸国がFTAで導入した基準をRCEP協定でも取り入れようとする日本などの諸国と, 東アジア諸国がこれまで締結してきたFTAでの基準の導入を目指す中国などの諸国との対立があったとされるが⁸¹, 以上のRCEP協定の例外条項の内容をみると, ASEANが締結してきたFTAでの安全保障例外が参照された建付けとなっていることがわかる。CPTPP協定の安全保障例外が米国のモデルBITの安全保障例外条項と類似していることからわかるように, 米国の強い影響下で定式化されたのに対して, 米国が参加していないRCEP交渉過程では, 多くの交渉国に比較的なじみやすいGATT型の安全保障例外に類似した定式化で合意がなされやすかったともいえよう。

(2) メガFTAにおける安全保障例外の特徴

日本が締結したメガFTAについて, その特徴は日本が締結してきたEPAと概ね同じと考えられる。すなわち, いずれの協定にも安全保障例外条項が規定され, そこには「自己判断」的文言が含まれているということ, そして広範な分野を規律する協定において安全保障例外が適用される方法も, EPAによって様々だということである。それは, 一方で安全保障例外を「自己判断」的文言を含めて締約国の主観的判断に重きを置くことにより締約国の安全保障や主権を重視しながら, 他方で, そうした性格を内包する安全保障例外が例外事由列举方式で明示されるか, 国家により広い裁量が認められやすい一般的な「国家安全保障」概念に依拠するのかで規定方法が異なることを意味している。特に後者については, 日本がこれまでBITやEPAにおいて主に選択してきたGATTの安全保障例外を基調とするGATT型と, 米国がBITやFTAで採用してきた米国型との対立がみられ, 日本・EU EPAとRCEP協定ではGATT型が, TPP協定やCPTPP協定では米国型がそれぞれ用いられている。これは, 交渉過程に参加する諸国にどのような

⁸⁰ AKFTAサービス貿易協定第14条第1項(b)(iii)は以下のとおりである。

“Article 14 Security Exceptions

1. Nothing in this Agreement shall be construed: …

(b) to prevent any Party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests, including but not limited to: …

(iii) action taken so as to protect critical public infrastructures including communications, power and water infrastructures from deliberate attempts intended to disable or degrade such infrastructures; …”

AKFTA投資協定第21条第1項(b)(iv)もほぼ同一, AKFTA物品貿易協定第12条(b)(iii)では“critical communications infrastructure”のみで電気・水道は含まれていないが, それ以外はほぼ同じである。MALAYSIA’S FREE TRADE AGREEMENTS “BACKGROUND (ASEAN-Korea)”

<<https://fta.miti.gov.my/index.php/pages/view/asean-korea?mid=3>>

⁸¹ 菅原淳一「アジア太平洋における地域的な通商法秩序の構築に向けた動き」『日本国際経済法学会年報 第27号』(法律文化社, 2018年) 24-25頁参照。

国が参加するかに応じた態度ということもできるであろう。

Ⅳ 日本が締結した経済関係協定における安全保障例外条項の法的論点

1. 安全保障例外の内容

まず、日本が締結したBITにおける安全保障例外の内容を見ると、その内容はいずれのBITにおいてもほぼ同一である。それは、「自国の安全保障上の重大な利益」を保護するために必要と認める措置をとることができるとして、その具体的措置として、戦時・武力紛争などにおける緊急時にとる措置と、兵器の不拡散に係る国内政策・国際協定の実施に関連してとる措置の二つがあげられる一方、国際の平和と安全の維持のため国連憲章上の義務としてとる措置も定められているという点である。すなわち、締約国は、戦時などの緊急時か兵器不拡散関連の義務履行に伴いとられる一方的な措置か、国連憲章第7章に基づく義務を履行するためにとられる集団的措置のいずれかについて、安全保障例外を援用できるということになる。

したがって、日本がこうした安全保障例外の適用を主張する場合は、国連安保理の決議に基づく集団的な非軍事的措置の国内実施に際してBITの他方締約国の投資家及びその投資財産に影響を与える措置をとる場合のほか、国連安保理の決議に基づかない独自制裁に伴う国内法上の措置がBITの他方締約国の投資家及びその投資財産に影響を与える場合が考えられる。しかし実際には、「自国の安全保障上の重大な利益」を保護するためにこのような安全保障例外に基づく措置が頻繁に行われるとは考えにくい。

ただ、安全保障例外に関する規定が、GATT, GATS, TRIPSなどWTO協定にも同様の内容が用いられていることからすると、BIT上の安全保障例外の解釈とその実践は、同様の規定内容を有する他の条約の安全保障例外の解釈・適用にも影響を与えるとともに、自らの実行にも跳ね返ることに留意しておく必要があるだろう。最近のWTOにおいてGATT第21条が援用される事例が以前よりもみられてきたことに鑑みると、なおさらその点を強調しておかなければならない。

日本が締結するBITの特徴として、相手方締約国に応じた内容の柔軟性・多様性が挙げられるが、安全保障例外について言えば、日本が締結したBITの間で内容にそれほどの違いがあるわけではない。さらに言えば、様々な条約などで規定されている安全保障例外条項もまた共通の要素を含んでいるのであれば、その限りでこれら安全保障例外について統一的で体系的な解釈が生まれる余地さえあり得よう。このため、例えば通商法のように、投資法以外の分野での安全保障例外が関係国に利用されることも視野に入れて、BITの安全保障例外条項の作成・解釈・適用を考える必要がある。

日本が締結したEPA・メガFTAにも以上の指摘がおおよそ妥当するといっていよい。ほ

とんどのEPA・メガFTAにおいて、GATTなどWTO協定の安全保障例外条項がほぼそのままでの内容で列挙されたり、同条項が必要な変更を加えて編入されたりすることで、結果的にその内容については均一化が図られている。ただ、規律対象が広範にわたることもあり、個別の領域に安全保障例外をどのように適用するかという適用方式にはばらつきがある。また、CPTPP協定や日米貿易協定のように米国が関係する（予定であった）協定については米国の主張に沿ったかたちで安全保障例外条項が作成されたが、そこでは例外事由が列挙されているわけではなく、「自己判断」的文言により援用国の主観に左右されやすいように定められていることには注意を要しよう⁸²。その結果、何を「安全保障上の重大な利益」として、それを保護するために必要な措置としていかなるものがありうるのかということが不明確となるからである⁸³。この点は、後述のように、自国の「安全保障上の重大な利益」をどのように捉えるかということとも関係する。

2. 安全保障条項における「自己判断」的文言の影響

日本が締結した経済関係協定について、安全保障例外により国連安保理決議に基づかない措置をBITやEPA・FTA締約国が一方的に発動する場合、最も注目される特徴の一つは、締約国が「自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める」措置をとることができるということである。すなわち、安全保障例外で認められる締約国の一方的措置では、締約国自身が自国の安全保障上「必要であると認める」措置をとることができる。これは、前述したように、問題の安全保障例外条項がいわゆる「自己判断」的条項の一種であることを表しており、それゆえに援用国に広範な裁量を認める効果を有することが認められてきた。そして、こうしたいわば「自己判断」条項の存在が上記経済関係協定の安全保障例外に共通するものとなっているのである。

最近の多くのBITは貿易関連の法規則に倣い、こうした「自己判断」条項を含めてい

⁸² ただし、米国と締結した条約でも、日米通商航海条約（1953）第21条第1項の例外規定では、GATT型の例外を列挙する方式がとられており、「自己判断」的文言も用いられていない。これは、それまでの米国の通商航海条約で用いられてきた文言がそのまま第2次世界大戦後の同様の条約でも用いられてきたためであるという。W.J.Moon, “Essential Security Interests in International Investment Agreements”, *Journal of International Economic Law*, Vol.15, (O.U.P, 2012), pp.495-497.

⁸³ したがって、アルゼンチン経済危機に関連した投資紛争において、米国・アルゼンチンBIT第11条の安全保障例外を解釈した投資協定仲裁判断が結果的に示したように、危機における例外援用国の投資受入国がとる措置に関して、外国人投資家が利用可能な保護の範囲もまた不明確とならざるを得ない。G.Sacerdoti, “The application of BITs in time of economic crisis: Limits to their coverage, necessity and the relevance of WTO law”, in G.Sacerdoti, P.Acconci, M.Valenti & A.De Luca (eds.), *General Interests of Host States in International Investment Law* (Cambridge U.P., 2014), p.19.

るという⁸⁴。EPA・FTAについても同様である。そして、こうした経済関係協定に限らず、GATTやGATS, TRIPSなどWTO協定に規定された安全保障例外について法的に問題となってきたのは、「自己判断」的文言がはいっている安全保障例外が援用された場合にこれを第三者機関によって法的に判断できるかどうかということであった。したがって、この問題は日本がこれまで締結してきた経済関係協定において、安全保障例外に基づき一方的な措置を発動する場合にこの点が常に問題となる余地がある。

安全保障例外に基づき一方的措置が発動される場合でも、当該安全保障例外に「自己判断」条項がはいっていない場合には異なる取扱いがなされ⁸⁵、過去の投資仲裁の判断で司法判断や審査が可能であるということが示されてきた。例えば、アルゼンチン経済危機関連の紛争で米国・アルゼンチンBIT第11条の安全保障例外の解釈・適用が問題となった際に、これを扱った投資仲裁の中には同BITの安全保障例外が「自己判断」的文言を含んでいないことを理由に実質的審査を行うと判断しているものが多い⁸⁶。また、被申立国の措置は重大な安全保障上の利益に関することであるか否かの判断に際しては被申立国の側に「評価の余地」や「広範な謙譲」を与えなければならないということとは指摘しつつも、自己判断はできないことを確認する判断もある⁸⁷。こうした判断を基礎にすれば、日本・ロシアBITでは、先に述べたように議定書の中で「各締約国は、外国投資家の活動を排除し又は制限する経済分野及び地域を、国の安全のために真に必要な場合において関係法令に従って決定する権利を留保する。」とされており、「自己判断」的文言のない場合に該当することから、仮に当該決定が行われても、条件を満たせば仲裁でその適法性が審査される可能性がある。

「自己判断」的文言を有する安全保障例外の審査可能性と審査基準に関して決定的とされる判断は、WTOのパネルはロシアー通過運送措置事件パネル報告で、GATT第21条(b)の安全保障例外に関する「自己判断」的文言の効果に言及している。このパネル

⁸⁴ T.Ackermann, “Exception Clauses in International Investment Agreements. A Case for Systemic Integration?” in M.Akbaba & G.Capuuro (eds.), *International Challenges in Investment Arbitration* (Routledge, 2018), p.44.

⁸⁵ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, *I.C.J.Reports* 1986, p.116, para.222; Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, *I.C.J.Reports* 2003, p.183, para.43; Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J.Reports* 2018, para.45.

⁸⁶ CMS Gas Transmission Company v. Argentina, Award of 12 May 2005, ICSID Case No.ARB/01/8, paras.315-382; LG&E Energy Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentina, Decision on Liability of 3 October 2006, ICSID Case No.ARB/02/1, paras.207-214; Sempra Energy International v. Argentina, Award of 28 September 2007, ICSID Case No.ARB/02/16, para.388; Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina, Award of 22 May 2007, ICSID Case No.ARB/01/3, para.339; El Paso Energy International Co. v. Argentina, Award of 31 October 2011, ICSID Case No.ARB/03/15, para.610.

⁸⁷ Continental Casualty Company v. Argentina, Award of 5 September 2008, ICSID Case No.ARB/03/09, paras.162-236; CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited., and Telecom Devas Mauritius Limited. v. India, Award of 25 July 2016, PCA Case No.2013-09, paras.219-245.

報告で重要なのは、「自己判断」的文言を有する安全保障例外の援用だけではパネルの管轄権は排除されないこと、援用国によりとられた具体的措置が安全保障例外として列挙された条件と適合するかどうかについては「自己判断」的文言の効果は及ばず、パネルが事後に客観的に判断すること、援用国は「自己判断」的文言により自国の安全保障上の重大な利益の決定について広範な裁量が認められるが、信義誠実原則に基づき当該利益を明確に説明しなければならないこと、援用国によってとられた具体的措置と自国の安全保障上の利益と利益の間の関係については、「自己判断」的文言により「最低限の妥当性 (a minimum requirement of plausibility)」を有する説明が必要であること、がそれぞれ明らかにされたことである⁸⁸。そしてこの判断は、TRIPS協定第73条(b)(iii)の適用が問題となったサウジアラビアー知的財産権保護措置事件パネル判断でもほぼ踏襲されている⁸⁹。

こうした判断は、例えば日本が締結したBITやEPAの安全保障例外に対しても影響を及ぼさないわけにはいかないであろう。GATT第21条が準用されている日本・カンボジアBITの場合はもちろんのこと、それ以外のBITの安全保障例外もGATT第21条に類似した条項となっており、とりわけ同条(b)柱書にある「締約国が自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める」という文言は、どの安全保障例外にも含まれていることからすると、日本や相手方締約国がBITの安全保障例外に基づく措置を一方的にとっても、BITに基づき設置される仲裁ではパネルの判断を踏襲するような判断が下される可能性が高いからである。GATTやGATS, TRIPS協定における安全保障例外条項の準用規定が含まれることが多いEPA・FTAの場合はなおさら、これらが妥当すると考えてよいであろう。

もちろん、WTO法の制度と国際投資法の制度は区別される体系であり、同様にWTOとEPA・FTAも独立した法制度を確立していることを考慮すれば、WTOのパネルが安全保障例外に関して行った解釈が他の協定における安全保障例外の解釈にそのまま妥当するかどうかは慎重に考える必要がある⁹⁰。また、各協定の紛争解決手続がWTOのそれとは独立していることからすると、紛争が係属した場合でもWTOのパネルとは異なる

⁸⁸ *Russian Federation – Measures Concerning Traffic in Transit*, Panel Report, WT/DS512/R, 5 April 2019, paras.7.20-7.149.

⁸⁹ *Saudi Arabia – Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights*, Report of the Panel, WT/DS567/R, 16 June 2020, paras.7.4-7.11

⁹⁰ この点は解釈の対象となる条項の内容に依存する。例えば内国民待遇条項の解釈に関するWTO法とBITの関係については、see, J.Kurtz, “The Use and Abuse of WTO Law in Investor-State Arbitration: Competition and its Discontents”, *E.J.I.L.*, Vol.20 (2009), pp.749-771. また、一般的例外条項の解釈に関するWTO法とBITの関係については、see, A.D.Mitchell J.Munro & T.Voon, “Importing WTO General Exceptions into International Investment Agreements. Proportionality, Myths and Risks”, L.E.Sachs, L.J.Johnson & J.Coleman (eds.), *Yearbook of International Investment Law & Policy* 2017 (O.U.P., 2018), pp.305-355.

る判断が出る可能性がないわけではない⁹¹。しかし、比較される両法制度の特徴とその文脈を考慮に入れる場合、GATT第21条と日本が締結したBIT・EPAにおける安全保障例外条項を比較すると、主要な論点が①「自己判断」的な安全保障例外条項かどうか、②いかなる例外事由が列挙されているか、③「安全保障上の重大な利益」概念に制約が課されるかどうか、というものであるとすれば⁹²、そのいずれの点においても、他の条項より安全保障例外条項については、GATTなどのWTO協定と日本が締結したBIT・EPAではより親和性があるといえるであろうし、その結果としてWTO判例法での解釈手法がこれらBIT・EPAでも参照される可能性が高く、またそれが適切であると判断されることになりやすいとも考えられる。さらに、「自己判断」型であっても、安全保障例外条項の解釈・適用が主題の一つとなるのであれば、投資協定仲裁廷を含む紛争解決機関がそれに対して管轄権を有しうるのは合理的であり、自らの管轄権を確認したWTOのパネルの判断はこの点につき積極的に評価されるべきであろう。

逆に言えば、これまでの先例からすると、安全保障例外条項に関する紛争を紛争解決手続から除外する明示の規定が協定中に置かれていない限り、紛争解決機関には当該紛争についての管轄権が認められる可能性がきわめて高い。実際、こうしたことを考慮してか、仲裁の管轄権からそうした紛争を除外する旨の規定を協定内に明示に定める例も若干みられる。例えば2019年ブラジル・UAE投資協力促進協定は、第13条に非自己判断的性格の安全保障例外条項を置きつつ、第25条第3項で第13条の安全保障例外が仲裁に服さない旨を規定する⁹³。また、2017年の南米南部共同市場（メルコスール）

⁹¹ WTOのパネル判断後もなお、国家主権の重要性から投資協定仲裁の管轄権を否定するとともに、誠実審査についても投資協定仲裁による濫用の危険性を強調して、この基準の採用を拒否する見解として、see, J.Ma, “International Investment and National Security Review”, *Vand.J.Transnational L.*, Vol.52 (2019), pp.933-937.

⁹² 安全保障例外をめぐるGATTと米国・ニカラグアBITとの関係について、see, J.Kurtz, “Adjudging the Exceptional at International Law: Security, Public Order and Financial Crisis”, *I.C.L.Q.*, Vol.59 (2010), pp.339-341.

⁹³ ブラジル・UAE投資協力促進協定第13条及び第25条第3項は以下のとおり。

“Article 13 Security Exceptions

Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or maintaining measures aimed at preserving its national security or public order, or to apply the provisions of their criminal laws or comply with its obligations regarding the maintenance of international peace and security in accordance with the provisions of the United Nations Charter.”

“Article 25 Settlement of Disputes between the Parties

...

3. The following may not be subject to arbitration: Article 13 - Security Exceptions; Article 14 - Compliance with Domestic Legislation; Article 15 - Corporate Social Responsibility; Paragraph 1 of Article 16 - Investment Measures and Combating Corruption and Illegality; and Paragraph 2 of Article 17 - Provisions on Investment and Environment, Labor Affairs and Health.”

Investment Policy Hub “Brazil-United Arab Emirates BIT” (2019)

<<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/4896/brazil---united-arab-emirates-bit-2019->>

内投資協力促進議定書（ブエノスアイレス議定書）では、第12条第1項に「非自己判断」的性格の安全保障例外が規定され、同条第2項がこの議定書の紛争解決メカニズムから同条第1項に基づく加盟国の措置を除外する旨を規定している⁹⁴。さらに、2011年のインド・マレーシア包括的経済協力協定（MICECA）第12・5条には第1項で「自己判断」的性格の安全保障例外事由が列挙され、同条第5項でこの安全保障例外が審査不能（non-justiciability）である旨規定されている⁹⁵。元の協定にそうした審査不能を表す規定が定められていない場合には、後に締約国間の合意により同様の効果を有する規定や解釈を別の文書で定めることも可能であろう⁹⁶。こうした審査不能を表す明示の文言

⁹⁴ ブエノスアイレス議定書の正文はスペイン語とポルトガル語であり、（Investment Policy Hub “Intra-MERCOSUR Cooperation and Facilitation Investment Protocol (2017)” <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3772/intra-mercotur-cooperation-and-facilitation-investment-protocol-2017>>)), 第12条に定められている安全保障例外の英語訳については, Mantilla Blanco & A. Pehl, *supra* note 23, p.66.

⁹⁵ MICECA第12・5条第1項及び第5項は以下のとおり。

“Article 12.2 Security Exceptions

1. Nothing in this Agreement shall be construed:

(a) to require a Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; or

(b) to prevent a Party from taking any actions which it considers necessary for the protection of its essential security interests:

(i) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials or relating to the supply of services as carried on, directly or indirectly, for the purpose of supplying or provisioning a military establishment;

(ii) taken in time of war or other emergency in international relations;

(iii) relating to fissionable and fusionable materials or the materials from which they are derived; or

(iv) relating to protection of critical public infrastructure, including communications, power and water infrastructure from deliberate attempts intended to disable or degrade such infrastructure;

© to prevent a Party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.

.....

5. For purposes of Chapter 10 (Investment), this Article shall be interpreted in accordance with the understanding of the Parties on non-justiciability of security exceptions as set out in Annex 12-2 (Non-Justiciability of Security Exceptions).”

MALAYSIA’S FREE TRADE AGREEMENTS “BACKGROUND (Malaysia-India)”

<<https://fta.miti.gov.my/index.php/pages/view/malaysia-india?mid=44>> .

⁹⁶ 例えば2009年バングラデシュ・インド投資促進保護協定第12条第2項には「非自己判断」の安全保障例外が規定されているが（“... nothing in this Agreement precludes the host Contracting Party from taking action for the protection of its essential security interests or in circumstances of extreme emergency in accordance with its laws normally and reasonably applied on a non discriminatory basis.”）、紛争解決手続からの除外規定は置かれていない（Investment Policy Hub “Bangladesh-India BIT”, (2009)” <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/371/bangladesh---india-bit-2009->>）。その後、両締約国は2017年にこのBITに関する共同解釈覚書を作成し、安全保障上の考慮に基づき締約国がとる決定は仲裁による審査は可能ではない旨（“Where the Contracting Party asserts as a defence that the measure alleged to be a breach of its obligations under this Agreement is for the protection of its

“essential security interests” or in “circumstances of extreme emergency in accordance with its laws normally and reasonably applied on a non discriminatory basis” as set out in Article 12, any decision of such Contracting Party taken on such security considerations shall be nonjusticiable in that it shall not be open to any arbitral tribunal to review the merits of any such decision, even where the arbitral

を置くことで、安全保障例外を援用する締約国は、その判断が誠実に行われたかどうかという点も含めて、仲裁による審査から完全に免れることになるのである⁹⁷。

3. 「安全保障上の重大な利益」の内容

仲裁などによる客観的な審査が事後的に行われるとしても、安全保障例外を援用して「自国の安全保障上の重大な利益」とは何かを決定するに際しては、援用国に広範な裁量が認められるという。しかし、この点は、安全保障例外がBITやEPAにおいてどのように規定されているかによってその制約が図られる可能性もある。

第一に、特にBITにおいて安全保障例外が一般的例外と同じ条項の中におかれ、両方の例外事由が並列的に規定されている場合、同条項の柱書に定める制約が一般的例外の事由と同様に安全保障例外の事由にもかかってくることにより、締約国が安全保障例外を援用して「自国の安全保障上の重大な利益」の内容やその保護のために必要な措置の内容を判断する際にそうした制約が内容を条件づけることになる。例えば、前述の日本・ウズベキスタン第17条では、その第1項柱書のただし書に「ただし、それらの措置を、他方の締約国に対する恣意的若しくは不当な差別の手段又は自国の区域内にある他方の締約国の投資家の投資財産に対する偽装した制限となるような態様で適用しないことを条件とする。」とあることから、これが、同項(d)「自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める次の措置」とその(i)及び(ii)の適用において制約要因として考慮されることになる。これは、一般的例外を第1項、安全保障例外を第2項に分けて規定した日本・ヨルダンBIT第17条のような(B)型BITの場合と比較すると明らかであろう。後者では、一般的例外を規定した同条第1項柱書にある同じ内容のただし書は、同条第2項の安全保障例外には適用されないのである。その実際上の考慮の度合いはともかく、少なくとも(A)型BITのような安全保障例外の規定振りの場合には、紛争を付託された仲裁がその柱書にある基準を用いて締約国の安全保障例外に基づく措置を審査する可能性があることは疑いないであろうし、審査基準も一般的例外の場合に用いられる基準と共通するおそれも生じうる。

第二に、BITがGATTのように安全保障例外と一般的例外を別個に規定することで、「自国の安全保障上の重大な利益」の範囲が狭くなり得ることも指摘しておく必要がある。「安全保障上の重大な利益」の意味内容については、安全保障例外条項を抱えるBITの多くがこの概念を含んではいるが、それ自体の定義を与えていないことから、例

proceedings concern an assessment of any claim for damages and/or compensation, or an adjudication of any other issues referred to the tribunal.”) に合意した。DEPARTMENT OF ECONOMIC AFFAIRS “Bilateral Investment Treaties” <<https://dea.gov.in/bipa?page=7>> .

⁹⁷ A.Newcombe & L.Paradell, Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment (Wolters Kluwer, 2009), pp.494-495.

えばGATT第21条(b)の下では武力紛争など軍事的戦略的な状況との関連で考える立場がある一方⁹⁸, アルゼンチン経済危機に関連した投資協定仲裁の判断では経済的危機もまた「安全保障上の重大な利益」ととらえられているように⁹⁹, 文脈によっては広くも狭くも解釈され得る。しかし, アルゼンチン・米国BITは安全保障例外のみを規定していたためにそうした解釈の拡大を行わなければならなかったことを考慮すると, 一般的な例外に関する条項が安全保障例外条項とは別に規定されていれば, 安全保障例外を非軍事的な性格の状況にまで拡大する必要はないともいえる¹⁰⁰。日本が締結したBITで安全保障例外を含んだものは同時に一般的例外を含んでいるものも多く, その場合には, 相手国が「自国の安全保障上の重大な利益」を広く解釈してもそれに反論できる余地は残るであろう。

第三に, 日本が締結したEPAは, そのほとんどが例外事由を限定列挙したGATT型の安全保障例外条項であり, その場合には, WTOの判例法上の解釈を他の経済関係協定の関連条項に応用できるかどうかという問題はあるものの, それ自体の規定の適用において自国の「安全保障上の重大な利益」の範囲を一定の枠にはめることができる。しかし, CPTPP協定や日米貿易協定のように, そうした制約を有さない米国型の安全保障例外条項の場合には, 自国の「安全保障上の重大な利益」の範囲が不確定なものとなりうるおそれがある。しかも, BITよりも規律対象分野がより広範に及ぶEPAやFTAの場合には, 安全保障例外を援用する国が自国の「安全保障上の重大な利益」と考える要因が多様となっても奇妙なことではなく, また, そうした利益を「保護すると認める」措置の範囲もまた多岐にわたることになる可能性があるだろう。例外的事態としては, 軍事的側面が関わる狭い意味での安全保障ではなく, 経済的な困難や公衆衛生, 環境問題といった非経済的な政策目標との関係で生じることがある。したがって, 安全保障例外における保護法益とは何かを明確にする作業を引き続き行う中で, 経済関係における「安全保障」概念をあらためて構築する必要がある。

第四に, そうした自国の「安全保障上の重大な利益」の拡大は, 例外事由を限定列挙するGATT型のEPAであっても, 例外事由そのものを増やすことによっても実現されることがある。その一例は, 日本・インドEPA第11条第3項が定めた「通信, 電力及び水道の基盤を含む中枢的な公共基盤を使用不能にし, 又は破壊する計画的な企てから当

⁹⁸ A Reinisch, “Necessity in International Investment Arbitration – an Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases?” *Journal of World Investment and Trade*, Vol.7 (2007), p.209.

⁹⁹ CMS Gas Transmission Company v. Argentina, para.359; LG&E Energy Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentina, para.238; Sempra Energy International v. Argentina, para.374; Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina, para.332; El Paso Energy International Co. v. Argentina, para.611.

¹⁰⁰ P.Ranjan, “Protecting Security Interests in International Investment Law”, in M.E.Footer, J.Schmidt, N.D.White & L.Davies-Bright (eds.), *Security and International Law* (Hart, 2016), pp.279-280.

該公共基盤を防護するという自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める措置」である。こうした措置やこれに類する措置は、日本が締結した従来のBITやEPA・FTAでは安全保障例外事由として取り上げられてこなかったか、取り上げられても、安全保障例外事由ではなく一般的例外事由に数えられていたものである（日本・シンガポールEPA第4条第3項参照）。こうした国内社会の公共基盤が攻撃から保護されるべき「安全保障上の重大な利益」として認識されるように至ったのは、インターネット管理施設や原子力発電所など脆弱な公共基盤や貴重なデータに対するテロやサイバー攻撃などへの対応が現代における安全保障上の喫緊の課題として登場してきた状況と不可分ではない¹⁰¹。その意味で、以上の問題を国内制度においてどのように取り扱うかは国際社会における「安全保障」概念の展開と密接な関連性を有するものといえることができる¹⁰²。

ただ、現代の様々な脅威に対応した「安全保障」概念の拡大傾向を踏まえ、各国とも「国家の安全保障（national security）」を広くとらえるようになると¹⁰³、安全保障例外事由に該当する措置と一般的例外事由に該当する措置とが重なり合う部分が出てくるのではないかという疑問も生じうる。上記の中核的な公共基盤を防護する措置が¹⁰⁴、例えば「公の秩序（public order）」を維持する措置に含められないのかという問題はその一例である¹⁰⁵。日本がこれまで締結した経済関係協定の多くには一般的例外条項が

¹⁰¹ 「安全保障」は間主観的社会構成的な概念であることから、サイバーセキュリティなど国家や非国家的実体により引き起こされるものだけでなく、気候変動など人間と自然界との間の相互作用の拡散により生じる現象も含むように、いかなる事項も「安全保障化」されるという。その具体的な現象について、see, J.Benton Heath, “Trade and Security Among the Ruins”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol.30 (2020), pp.227-245.

¹⁰² 国際投資法分野における各国での外資規制の制度と実際について、see, L.Knight & T.Voon, “The Evolution of National Security at the Interface Between Domestic and International Investment Law and Policy: The Role of China”, *Journal of World Investment & Trade*, Vol.21 (2020), pp.104-139.

¹⁰³ J.Ma, *supra* note 92, p.907. ただし、安全保障例外条項が「国の安全保障（state security）」概念に依拠する限り、解釈としては、「自国の安全保障上の重大な利益（its essential security interests）」や「国家の安全保障（national security）」を拡大させて、「人間の安全保障（human security）」、「国際安全保障（international security）」、さらには「集団安全保障（collective security）」でさえこれを含めることは不可能であるとする見解として、see, T.Ishikawa, “Investment Screening on National Security Grounds and International Law: The Case of Japan”, *Journal of International and Comparative Law*, Vol.7 (2020), p.97.

¹⁰⁴ 米国の2007年外資・国家安全保障法によれば、中核的基盤（critical infrastructure）は、「物理的か仮想的かを問わず、米国にとってきわめて重要なシステムや資産で、その無力化や破壊が国家の衰退につながるような国家の安全保障（national security）に大きな影響を与えることになるもの」と定義されており、中核的基盤と国の安全とが密接な関係にあることがわかる。Foreign Investment and National Security Act of 2007, Sec.2.

¹⁰⁵ WTO協定において「公の秩序」概念が用いられているのは、GATS第14条(a)とTRIPS協定第27条第2項、そして政府調達協定第23条第2項(a)である。このうち、これまでWTOの紛争解決手続で「公の秩序」概念の解釈が行われたのは、米国一賭博サービスの越境供給に影響を与える措置事件で、パネルは、明確な定義は行わなかったものの、特に法、安全及び徳の基準を含む「公序と法に反映された社会の基本的利益の保全」に言及し、上級委員会もこれに異論を唱

置かれており、そこには、GATS第14条(a)の規定に類似したかたちで、「公の秩序の維持のために必要な措置」が一般的例外事由の一つとして挙げられている¹⁰⁶。しかも通常は、「公の秩序の維持のために必要な措置」が援用される条件として、各協定において「社会のいずれかの基本的な利益に対し真正かつ重大な脅威がもたらされる場合に限り」という限定が濫用防止のために付され¹⁰⁷、こうした条件もまた「公の秩序の維持のために必要な措置」が自国の安全保障上の重大な利益と関連しやすい環境を生じさせている。GATT型の限定列举で安全保障例外事由に公共基盤への攻撃防護が含まれていないようなBITやEPAでは、この「公の秩序の維持のために必要な措置」が一般的例外として援用される余地がありうるかもしれない。あくまでも一例ではあるが、「国家の安全保障」や「安全保障」の内実を国境の内と外で切り分けることが困難な場合が生じている現代社会において、一部の安全保障例外事由と一般的例外事由は、「社会の基本的な利益」を介して相対化される可能性があるのである¹⁰⁸。

V おわりに

日本は、第2次世界大戦後の国際貿易・経済レジームにおける活動では、多数国間の経済関係をより重視して、個別的な二国間の投資協定や経済連携協定などの交渉への取り組みが遅れたが、2000年以降、着実にBITや二国間EPAの締結について実績を積み重ねてきた。そして、これらBITやEPAにおいて導入された、本稿が扱う安全保障例外

えなかった。World Trade Organization, “US – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, Report of Panel, WT/DS285/R”, adopted 10 November 2004, paras.6.466-6.467. 投資法の分野では、アルゼンチン金融危機の際における各投資協定仲裁が、米国・アルゼンチンBIT第11条に規定されている「公の秩序」を検討しているが、その内容は、軍事的無秩序状態や戦争状態から国内的騒乱状況、経済的混乱など多岐にわたる。Z.Prodromou, *The Public Order Exception in International Trade, Investment, Human Rights and Commercial Disputes* (Wolters Kluwer, 2020), p.75. 例外事由としての「公の秩序」の定義について、see, W.W.Burke-White & A.von Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties”, *Virginia Journal of International Law*, Vol.48 (2008), pp.357-361.

¹⁰⁶ (A)型及び(B)型のBITや日本・シンガポールEPAには明示的に、(C)型BITの一部、(D)型BITやほとんどのEPAではGATS第14条などの規定が編入されて「公の秩序の維持のために必要な措置」が一般的例外事由の1つとされている。これに対して、(C)型BITのほとんどには「公の秩序」が明示されていない。投資協定一般については、「公の秩序」の維持は、共通の内容を有する安全保障例外条項に入れられたり、安全保障とそれより限定された範囲での公の福祉目的の双方が組み込まれたハイブリッドの規定にみられるという。L.Sabanogullari, *General Exception Clauses in International Investment Law. The Recalibration of Investment Agreements via WTO-Based Flexibilities* (Nomos, 2018), p.260.

¹⁰⁷ 例えば日本・クウェートBIT第17条第1項(b)参照。See, J.W.Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 3rd ed. (O.U.P., 2021), p.473.

¹⁰⁸ 一般的例外事由に該当する公共政策上の例外が安全保障例外として性格づけられることで、その必要性要件が無効化されてしまうことに懸念を示すEUの見解について、see, *Russia – Measures concerning Traffic in Transit (DS512)*, Third Party Oral Statement by the European Union, Geneva, 25 January 2018, para.27 <https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/february/tradoc_156603.pdf>.

条項の特徴は以下のようにまとめることができる。

第一に、日本が締結したBIT及びEPAのほとんどには安全保障例外条項が挿入されており、特に2013年以降に締結したものについてはすべて同条項が取り入れられているということがある。安全保障例外条項は、それが規定される協定の趣旨・目的の実現と当該協定の締約国の安全保障上の権利の実現とのバランスの上に成立しているが、関係諸国による近年の「安全保障」概念への関心から、こうした経済関係協定に安全保障例外条項が規定される傾向があり、日本が締結する協定に安全保障例外条項が含まれるのも、それ自体は特別な状況というわけではない。

第二に、日本が締結したBIT及びEPA中の安全保障例外条項にはすべて、いわゆる「自己判断」的な文言が取り入れられ、協定締約国の「安全保障上の重大な利益」を保護するために必要な措置を当該締約国が自ら判断することができるようになっていることがある。安全保障例外条項の規定形式には、GATT型の例外事由を列挙する場合と、GATT第21条やGATS第14条の2の安全保障例外条項を協定中に、必要な変更を加えて取り入れる場合があるが、いずれにおいても「自己判断」的な性格が反映されていることには違いがない。これも、他の諸国が締結したBITやEPA・FTAにおいて「自己判断」的な性格の安全保障例外条項が規定される最近の傾向と軌を一にしているが、日本が締結した経済関係協定の場合はその割合が非常に高いという点が特徴であろう。ただ、「自己判断」的とはいっても、実際には第三者の紛争解決機関が設置されて同条項が紛争主題の一部になるのであれば、WTOでの事例を参考にする限り、当該機関による審査対象となる可能性が高く、その意味では「自己判断」的な性格は、後の段階で第三者による審査に服することを予定された、あくまでも締約国による一義的な判断にすぎないということになろう¹⁰⁹。

第三に、安全保障例外の濫用を回避するための規範的基準に不明確さを残すところが散見される点がある。安全保障例外と一般的例外を同じ条に定めるとともに、同じ柱書に定める制約要因でこれらを規律する形式（(B)型BIT）がその例である。最近のWTOのパネル判断により、一般的例外に適用される必要性や恣意性とは異なる審査基準が安全保障例外に適用される可能性が高いことを考慮すれば、このような形式は回避されるべきであろう。また、一部の協定において、例外事由を列挙するGATT型ではなく、抽象的な概念の解釈を一義的に締約国に判断させることを可能とする米国型の安全保障例外条項が採用されているが、おそらくは相手締約国との関係においてその

¹⁰⁹ したがって、「自己判断」的な性格が最終判断まで援用国の決定に依拠するという意味だとすると、例えばGATT第21条は「自己判断」的ではないという主張（M.Matsushita, Th.J.Schoenbaum, P.C.Mavroidis & M.Hahn, *The World Trade Organization. Law, Practice, and Policy* (3rd Edition), (O.U.P., 2015), p.550.）も間違いではない。

政策として安全保障例外の濫用防止に注目し、従来抑制的に対応してきた安全保障例外への日本の姿勢が、今後どのようなになるのかも注視していく必要がある。

安全保障例外は、協定上の義務を免れる法的根拠を提供するとはいえ、それ自体が「悪」というわけではない。協定の目標を実現するため、特にその中心的な義務を引き続き履行するため、協定締約国に対して例外的な状況における当該協定上の義務からの逸脱を認めるものである。それは、当該法システムの実効的な機能の遂行を維持することを目的として、国際貿易法・国際投資法などの分野に限らず、国際法システムに様々な分野で認められている法的手法でもある。問題は、そうした法システムの円滑な運営を果たすために、例外的な事情をどれだけ縮減し、なおかつ、その事情をいかに法の支配の下に置き続けるかということにある。安全保障例外条項はレジーム全体の利益とそのレジームを構成する個々の構成員の権益との間のバランスの下に作用するのであり、そして、このバランスは、それぞれの時代における「安全保障」概念の推移により常に検証され続ける。重要なのは、このバランスの検証が、常に外に開かれたものでなければならないということであろう。日本が今後締結する経済関係協定の安全保障例外条項も、そうした視点に立った制度設計が望まれる。

(2022年3月31日脱稿。同年8月8日に修正，脚注のWebサイトは同日最終確認済み。)